Jus Pract.
5m

Almendinger

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

<36604540040018

<36604540040018

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Metaphysik
des
Civil-Processes
oder
Darstellung der obersten Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Ein Handbuch für gebildete Geschäftsmänner

von

Ludwig Harscher von Almendingen,
Herzogl. Nassauischem Geheimenrathe und Präsidenten des Hofgerichts zu Dillenburg.

Neue Ausgabe.

Giessen, bey C. G. Müller
1821.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

I.

Ueber den praktischen Nuzzen einer Metaphisik des Civilprocesses.

Feuerbach nennt die Philosophie eine unterthänige Dienerin der Gesezze. Einen tiefern und richtigern Sinn möchte wohl der umgekehrte Grundsaz enthalten. Für das wirkliche Leben im Staat vereinigter Bürger gegebne Gesezze, können ihrer Natur nach nichts anders als Ausflüsse der Philosophie, oder einer philosophischen alle Verhältnisse des Menschen und Bürgers umfassenden, über die Launen kurzsichtiger Despoten erhabnen Ansicht seyn. Schlechte, inkonsequente, sich selbst oder der menschlichen Natur widersprechende Gesezze können nicht angewendet werden. Sie sind die Quelle einer willkührlichen Praxis, eines schwankenden Gerichtsgebrauchs, juristischer Controversen,

an welchen der Sophismus seinen Scharfsinn übt, welche aber nie zum wissenschaftlichen Frieden führen. Die herabgewürdigte Philosophie beugt sich vergeblich unter ihrem Joch. Was nicht aus ihr hervorging, kann auch nicht durch sie geadelt und gereinigt werden. Der todte Buchstabe einer geistlosen Gesezgebung kann höchstens dem genielosen Fleis Stof und Nahrung darbieten. Aber der Staub von Folianten zeugt keine für die Anwendung brauchbare Maximen. Sogenannte Gesezze werden allenfalls der Vehikel einer von Geschäftsmännern geschafnen Routine; aber diese Routine, oder der durch sie ausgedrükte praktische Grundsaz ist mit dem sogenannten Gesez nicht näher verwandt, als dieses leztere mit einem wirklichen; alle Versuche des juristischen Dogmatismus, die Philosophie unter das Joch schlechter Gesezze zu beugen, scheitern an der Natur der Sache und zerfallen in sich selbst; kann sie nicht über solche Gesezze herrschen, so bleibt sie aus den Tribunälen gänzlich entfernt, und hat überhaupt mit der Rechtspflege nichts zu thun.

Nichts ist daher auch für die Praxis nothwendiger als die Zergliederung der bestehenden Gesezgebung in ihre höhern allgemeinen Principien, welche ich die Metaphisik des positiven Rechts nennen möchte. Nur eine solche Metaphisik erzeugt Harmonie zwischen der Form und dem Inhalt, dem Buchstaben

und dem Geist des Gesezzes. Indem sie lezteres von der Sanktion eines launenvollen sic volo, sic jubeo entkleidet, erhebt sie es in die höhern Regionen des Nothwendigen und Wahren. Indem sie die menschliche Natur als Obersaz, und die bestehende bürgerliche Verfassung als Untersaz betrachtet, sieht sie in dem Gesez die nothwendige Folgerung gegebner Prämissen. Von dieser Metaphisik durchdrungen entscheidet der Richter nicht darum so, weil es so geschrieben steht, sondern es entsteht in ihm das Bewustseyn, daß es darum so geschrieben stehe, weil er so entscheiden muß. Es scheint ihm, als wenn das Geschriebene nicht seine Entscheidung leite, sondern nur ihre Richtigkeit verbürge; vom Geist der Gesezgebung erleuchtet, verschwinden die Dunkelheiten ihres Buchstabens vor seinem innern Blik, und in den höhern vom Buchstaben nirgends ausgesprochenen Principien lösen sich ihre scheinbare Antinomien. Für ihn gibt es fast allenthalben nur Nothwendigkeit, und fast nirgends ein Ermessen. Und so bildet die Metaphisik der Gesezgebung eine von aller Willkühr möglichst gereinigte Praxis. —

* * *

Was ist denn aber Natur der Sache? Was soll man unter den aus ihr hervorgehenden Grundsäzzen verstehen? Können philosophische Abstraktionen positive

Gesezze entbehrlich machen oder gar verdrängen? Darf die ausübende Rechtspflege jene anwenden, wenn diese sie verlassen? Wo und wann hat die Gesezgebung den Spekulationen des Schriftstellers, stillschweigend oder ausdrücklich, zulassend oder gebietend, gesezliche Gültigkeit beigelegt? Wie kann denn irgend eine Rechtsmetaphisik praktischen Werth in Anspruch nehmen?

Jedes durch die Gesezgebung sanktionirte rechtliche Institut geht aus einem bestimmten Bedürfniß hervor, und wirkt zu einem bestimmten Zwek. Es ist da, weil der bestimmte Zustand der Gesellschaft seine Existenz nothwendig machte. Jener bestimmte Zustand ist als die Aufgabe zu betrachten, zu welcher sich das Rechtsinstitut wie die Solution zum Problem verhält. Diejenige Ansicht, welche die Gesezgebung — unter welcher man nicht blos ihren geschriebenen Buchstaben und ihre äussere Form, sondern ihren höhern Genius, oder jenen, unter jedem zur Cultur fortschreitenden Volk, unsichtbar wirkenden, alle bürgerliche Verhältnisse beherrschenden und ordnenden Geist verstehen muß — über die Auflösung des Problems in Harmonie mit der ganzen Verfassung aufgefaßt hat — diese Ansicht und nichts anders, ist die Natur der Sache. Wer diese Ansicht richtig construirt, ist in die Natur der Sache eingedrungen. Und wer die aus jener Ansicht nothwendig folgenden Resultate darstellt,

Digitized by Google

hat Grundsätze aufgestellt, welche ihre gesezliche Sanktion in sich selbst tragen, und für die Anwendung volle Gütigkeit haben, wenn sie auch in keinem Gesez geschrieben stehn, und sich kein Herkommen darüber nachweisen läßt. — Jedes geschriebene Gesez dagegen, welches solchen nothwendigen Resultaten widerspricht, ist keiner Anwendung fähig.

* * *

Vielleicht ist kein Theil unserer positiven Gesezgebung einer solchen Behandlung mehr fähig als die Theorie des gerichtlichen Verfahrens. Die Worte der Gesezze sind hier unzusammenhängend und dürftig. Weder aus dem römischen noch aus dem canonischen Recht, noch aus den das gerichtliche Verfahren betreffenden Reichsgesezzen würde sich eine überall mit Gesezzen zu belegende Theorie bilden lassen. Aber weit erhaben über die positiven Gesezze ist hier die Natur der Sache. Die positiven Gesezze sind nicht allein aus ihr hervorgegangen, sondern sie sind so wenig ein Produkt der Willkühr, daß überall wo sie sich von der Natur der Sache entfernt haben, die Praxis in unauflösliche Schwierigkeiten verwikkelt wurde.

Daß die Rechte des einzelnen Bürgers, nach der Willkühr des Berechtigten selbst, doch ohne Spielraum für die Willkühr des Richters, mit Umsicht und

Sicherheit realisirt würden — das war das in unsern Staaten, für unsere Bürger, durch das gerichtliche Verfahren, aufzulösende Problem. Wer nun die Ansicht richtig zergliedert, nach welcher unsere Gesezgebungen in verschiedenen Epochen — vielleicht ohne eignes deutliches Bewußtseyn ihrer Urheber blos beherrscht, wenn ich mich so ausdrükken darf, vom Geist des Problems selbst — die Auflösung desselben für möglich hielten, der hat die Theorie alles gerichtlichen Verfahrens in ihren höchsten Principien aufgefaßt. Er hat die Philosophie — oder — man wird jezt diesen Ausdruk verstehen — die Metaphisik des Civilprozesses bearbeitet. Er hat sich zu einem vom Standpunkt des dogmatischen, des historischen und des sogenannten blos praktischen Juristen sehr verschiedenen Gesichtskreis emporgehoben. Indem der dogmatische nur den Inhalt des Gegebnen, der historische die äussere Form desselben, und der praktische diese äussere Form im wirklichen Leben oder das Geltende darzustellen strebt, reicht der metaphisische allen die Hand, indem er aus dem was gelten könnte, das wirklich Geltende entwikkelt. Doch schließt er sich unmittelbar dem praktischen Juristen an, indem er Einheit und Haltung in dem wirklich Geltenden darstellt.

II.

Etwas über die lezten Grundsäzze des gerichtlichen Verfahrens im bürgerlichen Proceß.

Höchsteinfach, aber auch höchstfruchtbar, sind die Grundsätze, aus welchen die Theorie unserer Gerichtsordnung und unsers Civilprocesses hervorgegangen ist.

Es soll dadurch dasjenige Recht des Einzelnen, welches ihm wider seinen Willen nicht entzogen werden darf, realisirt werden.

Dies soll nach allgemeinen Gesezzen, nicht nach individuellen Rechtsansichten geschehen.

Mit der bloßen gesezlichen Verordnung, daß der Richter nach allgemeinen Gesezzen, nicht nach Willkühr sprechen solle, war sehr wenig geschehen. Wer verbürgte die Uebereinstimmung seines Ausspruchs mit dem Gesez? Wodurch konnte und sollte die Heiligkeit und Reinheit der Justizpflege in ihrer lezten Quelle gesichert werden?

Die Beugung des Rechts war durch bösen Willen oder durch Mangel an Gesezkunde möglich.

Digitized by Google

Was hat die Gesezgebung gethan, um Rechtskränkungen durch bösen Vorsaz und Rechtskränkungen durch Unwissenheit zu verhüten? Von welchen Principien ist sie ausgegangen? Von welchem Geist war sie beseelt?

I. Rechtskränkungen durch bösen Vorsaz sind entweder dadurch möglich: daß der Richter von der Privatwillkühr der Parthey, oder daß umgekehrt, die Parthey von der Privatwillkühr des Richters abhängt. Vor allen Dingen mußte daher der Richter gegen die Parthey, und diese gegen den Richter gesichert werden. Selbstständigkeit des Richters mußte daher auf der einen und Selbstständigkeit des Rechts auf der andern Seite in der Gerichtsverfassung selbst, als Theil der Constitution, eine Garantie erhalten.

Der Richter, auf welchen bey der Ausübung seiner Funktionen Leidenschaften anderer wirken können, welcher, nachdem er so oder anders entscheidet, zu hoffen oder zu fürchten hat, ist kein selbstständiger Richter. Sein Amt wird von jedem der auf ihn wirken kann, usurpirt. Als der furchtbarste Usurpator, steht der Inhaber der öffentlichen Macht, der Staatsrepräsentant selbst, obenan.

Um daher den Richter gegen den Einfluß der Parthey zu sichern, mußte er vor allen Dingen, — insofern er in einzelnen Streitsachen Richter ist —

Digitized by Google

von den Vorschriften des Staatsrepräsentanten selbst, unabhängig gemacht werden. War er dies, so war seine etwaige Furcht vor jeder andern Parthey um so viel sicherer neutralisirt, da der Natur der Sache nach der Staatsrepräsentant keinem Unterthanen mehr Macht einräumen wird, als er selbst hat; mithin keinem einen Einfluß auf die einzelnen Handlungen des Richters gestatten wird, den er sich selbst entziehet.

Die Immobilität der Richterstellen realisirt diese Foderung. Sie verbürgt die Selbstständigkeit des Richters gegen die Einwirkung mächtiger den Zaum der Gesezze verachtender Partheyen. Sie ist ein wohlthätiges Geschenk unserer Civilisation, welches das Alterthum nicht kannte *).

So wie der Richter, nicht seinentwegen, sondern der Partheyen und des Rechts wegen, gegen willkührliche Entlassung mußte gesichert werden, so war auch

*) Sie ist eine wesentliche aber nicht die einzige Schuzwehr gegen die dem richterlichen Despotismus entgegengesezte Rechtswillkühr. Die Art wie der Staatsrepräsentant den Richter wählt, ob nach ungebundener freier Einsicht, oder auf den Vorschlag der Rechtsbedürftigen, nach welchen Rücksichten er gewählt wird, auf welche Art der Staat ihn unterhält, ob durch Besoldung von oben, ꝛc. ꝛc. ꝛc. das alles und mehreres sind höchstbedeutende Nebenrücksichten, welche ich hier absichtlich umgehe.

Digitized by Google

die Verhütung jeder Hemmung seiner Funktion, in einzelnen Rechtssachen, nothwendig.

Diese Hemmung erfolgt durch Einmischung jeder nicht richterlichen Behörde in die Justizpflege. Im Grunde ist es ganz einerley, ob der nicht selbstständige Richter zum Werkzeuge einer Rechtsbeugung mißbraucht, oder ob mit Vernachläßigung dieses Werkzeugs eine fremdartige, mit richterlicher Selbstständigkeit nicht ausgerüstete Behörde, zum Rechtsprechen zugelassen wird.

Daher das von der Gesezgebung, auf alle versteckte oder offenbare Kabinetsjustiz, gelegte Anathem.

Mit der Nothwendigkeit den Richter gegen den Einfluß der Parthey zu sichern, hält die Nothwendigkeit seiner eignen Willkühr allen Spielraum zu entziehen, gleichen Schritt. Die Aufgabe aber, den der selbst als öffentlicher Funktionair von keiner fremden Privatwillkühr abhängen soll, aller eignen Privatwillkühr zu berauben, ist um nichts leichter, als die Aufgabe, den der selbst keiner Einschränkung unterworfen werden darf, dennoch einzuschränken.

Die richterliche Gewalt kann die gefährlichste im Staat werden. Sie greift unmittelbar in das innere Leben der Familien ein. Sie disponirt über Eigenthum und Ehre und entscheidet über das ganze Wohl und Wehe jedes einzelnen Bürgers. Die richterliche

Gewalt hält über dem Haupt jedes Einzelnen das Schwert gezükt, indeß die übrigen Staatsgewalten, zwar für das Ganze höchst furchtbar und wirksam, jeden Einzelnen nur wenig treffen. Wird der Innhaber der öffentlichen Macht selbst, in Ansehung der rechtlichen oder widerrechtlichen Ausübung seiner Funktion, das Subjekt der richterlichen Wirksamkeit, so erhebt sich diese leztere zur ersten Gewalt im Staat, und wird, bey gesicherter Selbstständigkeit, der Depositair der öffentlichen Macht selbst. So das Ephorat in Sparta, der vormalige Justiciero in Arragonien, auf kurze Zeit der Erhaltungssenat im consularischen Frankreich, und verfassungsmäßig die deutsche Reichsgerichte, als Emanationen der kaiserlichen Macht, im Verhältniß zur deutschen Landeshoheit.

Die allgemeine Vorschrift — der Richter soll nach Gesezzen, nicht nach Willkühr sprechen — sey sie von der Gesezgebung selbst gegeben, oder vom Vollzieher derselben wiederholt worden — hilft, wie schon vorhin bemerkt wurde, wenig. Wer soll über die Befolgung derselben in jedem einzelnen Fall, entscheiden? Kömmt der höchsten Gewalt selbst darüber kein Urtheil zu, so ist überall keine direkte Controlle der Richterwillkühr möglich. Es mußte daher eine indirekte organisirt werden.

Digitized by Google

Dies ist durch unsere Proceßordnung und durch die Gerichtsverfassung geschehen.

Die Richterwillkühr ist dadurch von einer gesezmäßig ausgeübten Partheyenwillkühr selbst abhängig gemacht worden. Auf die völlige Neutralisirung der erstern ist die innere Constitution der Gerichte berechnet. Von oben herab gegen Controlle in ihren einzelnen Thatäusserungen gesichert, ist die richterliche Gewalt von unten herauf, und durch die Wechselwirkung vorgesezter, untergeordneter und beigeordneter richterlichen Behörden eingeschränkt.

Dies zeigen folgende Fundamentalmaximen des gerichtlichen Verfahrens und der Gerichtsverfassung.

1.) Der Civilrichter ist nie nach Willkühr, sondern erst nach Aufforderung der Parthey thätig. Er soll gar nicht handeln, so lange ihn keine Parthey dazu auffordert. Und auch im Aufforderungsfall soll er nur in dem Verhältniß, in welchem er aufgefordert wurde, thätig werden. Kein Richter ohne Kläger, kein Zuerkennen jenseits des Gesuchs. Diese Maxime gilt für den ganzen Civilproceß in allen seinen Evolutionen. Alle richterliche Thätigkeit ist passiv.

Damit ist freilich nun die reine Richterwillkühr gehemmt. Sie kann nicht nach selbstständigen Privatzwekken despotisiren. Aber die Parthey könnte es durch sie. Der Richter könnte sich willkührlich zum

Werkzeug fremder Ungerechtigkeit misbrauchen lassen, indem er gesezwidrigen Anträgen Gehör schenkt, oder es gesezmäßigen versagte. — Gegen diese Gefahr wirkt

2.) die unter den streitenden Theilen eingeführte vollständige Publicität. Alle Vorträge und darauf gegründete Anträge des einen Theils müssen dem andern mitgetheilt werden. Sie sind ein Gegenstand uneingeschränkter wechselseitiger Kritik. Und eben diese Kritik trift schon im voraus die etwa hinterher folgenden gesezwidrigen Anträgen entsprechenden richterlichen Verfügungen. Wer auch willkührlich verfahren möchte, kann doch den schon im voraus darüber ausgesprochenen motivirten Vorwurf nicht verschmerzen. Er handelt aus Schaamgefühl gerecht. Die Achtung des Richters für die Partheyen vertritt die Stimme des Gewissens.

Doch die Gesezgebung hätte sich sicher verrechnet, wenn sie sich auf diese Achtung einzig und allein hätte verlassen wollen. Wie wenn der Richter im Gefühl seiner Sicherheit gegen die handelnde Controlle von oben, der blos redenden von unten das Bewußtseyn seiner Macht entgegensezte? Auf diesen Fall hat

3.) die Gesezgebung im Organismus des Civilprocesses eine noch weit stärkere Schuzwehr gegen Richterwillkühr in die Hände der Parthey selbst niedergelegt. Es hängt von ihr ab, die passive Thätig-

Digitized by Google

keit des Richters in jedem folgereichen Moment des Civilprocesses *) plözlich und für lange Zeit zu hemmen. Sie kann durch ein einziges Zauberwort seiner Gewalt ein Ende machen, und das weitere Verfahren in die Hände eines andern Richters spielen, der durch seine Lage und Verhältnisse zu keiner schonenden Beurtheilung des vorigen Verfahrens und Erkennens geneigt ist. Dieses Zauberwort heißt Appellation, die ganze Kraft und Wirksamkeit desselben liegt in dem damit verbundenen Suspensiveffekt. Es ist ein eingeschränkter und dürftiger Gesichtspunkt praktischer Juristen, wenn sie in der Appellation blos das Mittel zu einer vielseitigern und reifern Beurtheilung streitiger Rechte erkennen. Wäre dies ihr Hauptzweck, so würde der Suspensiveffekt nicht aus dem Wesen der Appellation folgen, sondern sich nur als eine willkührliche Verordnung der Gesetzgebung darstellen. Höchstens könnte man die Ansicht derselben etwa so konstruiren. Damit die Beurtheilung des Rechts nicht blos von einem Richter abhinge, ist die Berufung an einen andern eingeführt; und damit das etwa reformirende Urtheil dieses andern nicht auch eine reformatorische Exekution nöthig mache, bleibt die Vollstrekkung des ersten Urtheils einsweilig suspendirt.

*) Was unter einem solchen Moment zu verstehen sey, werde ich in der folgenden Abhandlung erklären.

Devolution gehört daher zum Wesen, Suspensiveffekt dagegen nur zu den natürlichen, vom positiven Gesez aus politischen Gründen festgesezten, Folgen der Appellation, und eben darum gibt es zwar Appellationen ohne Suspensiveffekt, aber keine ohne Devolutivwirkung. — Irre ich nicht, so verhält es sich grade umgekehrt. Damit das Recht der Parthey kein Schlachtopfer richterlicher Willkühr, keine Beute eines durch sie begünstigten gesezwidrigen Antrags der Gegenparthey werde, kann die Parthey durch Appellation die ganze Thätigkeit des Richters hemmen. Damit aber das Mittel nicht jenseits seinem Zwek wirke, damit, indem der Richter ausser Thätigkeit gesezt wird, nicht die rechtliche Verhandlung selbst unterbrochen werde, muß die nemliche Appellation das weitere Verfahren in die Hände eines andern Richters hinüber verpflanzen. So wie hiernach die Appellationsanzeige des Suspensiveffektes wegen nöthig war, so entwikkelt sich erst aus diesem die Devolutivwirkung, und nicht umgekehrt. — Wenn demnach die Praxis von einer Appellation ohne Suspensiveffekt spricht, so vermischt sie den Begrif mit der willkührlichen Bezeichnung desselben, und die Kunstsprache stiftet durch einen Mißgrif unauflösliche Verwirrung. Ich werde hierüber in einem der folgenden Versuche den Beweis führen.

Digitized by Google

4.) Wie aber wenn derjenige Richter, dessen etwas willkührliche Wirksamkeit durch keine weitere Appellation gehemt werden kann, selbst Willkühr statt Gesez gelten machen, willkührlich reformiren oder konfirmiren wollte?

Gegen diese Möglichkeit ist die gesezlich vorgeschriebene collegialische Verfassung der höhern und höchsten Justizhöfe berechnet.

Die Erhebung zum Amt tilgt freylich keine Privatleidenschaft im menschlichen Herzen; aber sie kann einen über diese Privatleidenschaften siegenden öffentlichen Charakter schaffen, wenn das Amt nicht einer einzelnen physischen sondern einer moralischen Person übertragen worden ist.

Jedes Mitglied einer moralischen Person hat ein doppeltes Interesse, ein Interesse als Einzelnes und ein Interesse als Mitglied der moralischen Person. Man kann jenes das Individuelle, dieses das Kollegialische nennen. Ist die moralische Person der Staat selbst, so nennt der Sprachgebrauch dieses lezkere Gemeingeist; ist sie eine Corporation im Staat — esprit de corps.

Je höher die Vortheile sind, welche das Mitglied einer moralischen Person in dieser Eigenschaft genießt, desto stärker wirkt das collegialische Interesse, desto kräftiger arbeitet es dem individuellen entgegen.

Digitized by Google

Nun können die Mitglieder eines Richtercollegiums als solche unmöglich ein anderes Interesse haben, als durch eine durchaus gleiche, consequente, alle Privatabsichten verschmähende Justizpflege sich der Ehrfurcht aller Partheyen zu versichern. Das Collegium kann als solches nur dem Geist seiner Bestimmung gemäß handeln.

Jedes Mitglied des Kollegiums könnte in jeder einzelnen Rechtssache nach Willkühr zu verfahren geneigt seyn. Da aber nicht leicht die Willkühr aller auf einen und dem nemlichen Punkt zusammentreffen wird, so wird jeder der seinigen zu folgen, durch den andern verhindert werden. Das vereinigte collegialische Interesse Aller wird das isolirte individuelle Interesse jedes Einzelnen unterdrükken.

So neutralisirt eine Privatwillkühr die andere. Dagegen hebt sich ein durch Zusammentreffen auf einen Zwek in seinen Wirkungen verstärkter Amtskarakter, der seine Unabhängigkeit von Privatrükſichten durch selbstständige Consequenz und Einheit des Verfahrens darlegt.

So kann nur durch collegialische Verfassung, Gesezmäßigkeit der Rechtspflege in der lezten Instanz gesichert werden. Nichts wäre gefährlicher als sie den Händen eines Einzigen anzuvertrauen.

Digitized by Google

Dies waren die Blikke der Gesezgebung zur Verhütung von Rechtskränkungen durch Vorsaz und bösen Willen.

II. Noch waren Rechtskränkungen durch Nachläßigkeit, Schiefblick und Gesezzesunkunde möglich. Was that die Gesezgebung zur Verhüthung derselben?

Mangelhafter und dürftiger erscheinen in dieser Hinsicht ihre Vorsorgen. Proberelation und Examen sind dürftige und unzuverläßige Sicherungsmittel.

Eben die Einrichtungen, welche dem bösen Willen der richterlichen Behörden entgegen wirken, dienen auch zur Abwendung ihrer durch Unwissenheit erzeugten Misgriffe.

Eben die unter den streitenden Theilen eingeführte Publicität der Verhandlung, welche dem übelwollenden Richter Ehrfurcht gebietet, dient zur Belehrung des über den Inhalt des Gesezzes und über das Verhältniß desselben zum aktenmäßigen Faktum, ununterrichteten.

Eben die kollegialische Verbindung, in welcher die Privatwillkühr, so zu sagen zerrieben und neutralisirt wird, dient auch zur Aufklärung unwissender Mitvotanten.

Ist aber alles geschehen, was zur Beruhigung der Bürger gegen die Gefahr, durch Unkunde mishandelt zu werden, geschehen mußte? War es zwek-

mäßig, die Wahl der Richter vom Zutrauen der Rechtsbedürftigen unabhängig zu machen? Wäre es nicht zwekmäßiger, die Lezteren wenigstens zu Vorschlägen über die Besezzung der obersten Richterstellen zuzulassen? Vereitelt die Geheimhaltung der richterlichen Reflexionen über das Verhältniß der Thatsachen zum Gesez nicht zum großen Theil die Wohlthaten des collegialischen Zusammentretens, und öfnet der Unwissenheit den Spielraum, welchen das collegialische Zusammentreten der Willkühr entzieht?

Auf diese Fragen lasse ich mich jezt nicht ein. Ich wollte nur den Geist und die höhern Principien der bestehenden Justizgesezgebung darstellen, ohne als Reformator aufzutreten.

Digitized by Google

III.

Ueber die Natur und Wirkungen des Unterschiedes zwischen der wahren Appellation und der Beschwerde gegen den Richter.

Zu den einfachsten und dennoch schwierigsten Ansichten des Civilprocesses gehört die Theorie des Unterschiedes zwischen Appellation und Querel gegen den Richter. Nachdem man die Gränzen der ersten weiter ausdehnt, müssen nothwendig die Gränzen der leztern verengt werden und umgekehrt.

Für die Praxis ist der Unterschied höchst wichtig: denn Fatalien und Rechtskraft können nur bey denjenigen richterlichen Verfügungen zur Sprache kommen, welche Gegenstand einer wahren Appellation sind. Jede unstatthafte Appellation läßt dem als solchen abzuweisenden Appellanten nur Querel gegen den Richter übrig. Wo dagegen diese nicht begründet ist, hätte die Rechtskränkung nur durch Appellation abgewendet werden können.

Manche Gerichte und Anwälde kennen die Momente des Unterschieds so wenig, daß diese in Fällen,

Digitized by Google

die zur Querel geeignet sind, ängstlich Fatalien wahrnehmen, oder Restitution gegen den Ablauf derselben nachsuchen, und jene wegen vermeinter Desertion oder Rechtskraft den gerechtesten Beschwerden Gehör versagen.

Der gegenwärtige Versuch soll den so oft mißkannten Unterschied, aus der Natur alles gerichtlichen Verfahrens im Civilproceß, und aus dem Instanzenverhältniß entwikkeln.

* * *

Aller Proceß fängt mit der Klage an, werde sie auch nicht so, sondern Imploration, Mandatsgesuch u. s. w. genannt.

Ein angeblich Berechtigter reklamirt richterliche Hülfe gegen einen angeblichen Rechtsstörer, der entweder durch das was er thut, oder durch das was er unterläßt, die Befugnisse des Klägers angeblich kränkt.

Mit andern Worten, jede Klage ist Vertheidigung angeblicher Rechte.

Lezter Zweck der Klage ist Realisirung des angeblich gekränkten Rechts, durch richterliche Hülfsvollstrekkung.

Da indessen der richterlichen Hülfsvollstrekkung die richterliche Anerkennung der Existenz ihres Objekts vorangehn muß, so ist keine Exekution ohne ein vorangegangenes Urtheil rechtlich denkbar.

Digitized by Google

Alles gerichtliche Verfahren zerfällt hiernach seiner Natur nach in zwey Hauptperioden, Verfahren vor der Klage bis zum Urtheil, Verfahren vom Urtheil bis zur endlichen Vollstrekkung desselben.

Ist schon die zweyte Periode des richterlichen Verfahrens lezter Zwek der Klage — denn ein Urtheil ohne Vollziehung würde dem Kläger zu nichts nüzzen — so ist doch die erste Periode der nothwendige Uebergang zur zweyten. Das Verfahren des Richters bis zum Urtheil ist die unerlaßliche Bedingung der rechtlichen Möglichkeit des Exekutionsverfahrens.

In der ersten Periode des Processes zeigt sich der Richter als eine untersuchende und entscheidende, in der zweyten als eine befehlende und seine Befehle vollziehende Behörde.

In der ersten Periode, ist der auf bloße Untersuchung sich beschränkende Richter so weit entfernt, in Hinsicht der Parthey, in der Eigenschaft einer befehlenden Behörde aufzutreten, daß selbst seine scheinbaren Befehle — z. B. die Citation auf eine erlassene Klage, keine imperative Vorschriften, sondern blos monitorische Aufforderungen enthalten. Er gebietet nicht dem Beklagten, sich zu verantworten, sondern er läßt ihm diese Verantwortung blos mit der Warnung zu, daß er sein Stillschweigen als Verzichtleistung auf

Digitized by Google

seine Einreden oder gar als Eingeständniß der Klage (wie im sächsischen Proceß) gesezlich betrachten werde.

Nicht so in der zweiten Periode des Processes, oder im Exekutionsverfahren. Hier befiehlt der Richter dem Verurtheilten die Befriedigung des Siegers. Er schärft seine Befehle durch positive Strafen. Er vollzieht den auf das Urtheil, nach dem Antrag des Siegers resultirenden Befehl, physisch, durch Hinwegnahme des Objekts desselben, oder, wenn der Sieger nur durch freywillige Handlung befriedigt werden kann, psychologisch, durch Erhöhung der Strafdrohungen gegen den ungehorsamen Succumbenten.

Am Ende der ersten Periode des Processes zeigt sich der Richter als eine decidirende, am Ende der zweiten Periode als eine handelnde Behörde. Dort kündigt er die Existenz eines Rechts durch ein Urtheil an, und drükt seine Meinung aus, und realisirt mithin einen Akt des Verstandes. Hier handelt er diesem Verstandesakt gemäß, realisirt das als rechtlich Erkannte, und vollendet mithin einen Akt des Willens.

Man wende mir nicht gegen diese Ansicht ein, daß sehr oft im wirklichen Proceß richterliche Urtheile und Befehle durch einander laufen, und die beyden Hauptperioden des gerichtlichen Verfahrens ununter-

Digitized by Google

scheidbar für den praktischen Blik, in einander flies-sen. Um den aus den Elementargrundsätzen des ge-richtlichen Verfahrens resultirenden Unterschied zwi-schen der wahren Appellation und der Beschwerde ge-gen den Richter zu begründen, mußte ich hier die Vorstellung trennen, was oft in der Geschichte pro-cessualischer Verhandlungen, als äusseres Faktum nicht getrennt werden kann.

* * *

Aus dem Verhältniß der verschiedenen richterlichen Funktionen zur höhern Instanz würde sich nun der Unterschied zwischen der wahren Appellation und der Beschwerde gegen den Richter sehr leicht erklären las-sen; um indessen nachher nicht mißverstanden zu wer-den, ist noch eine genaue Zergliederung der richter-lichen Funktionen selbst nöthig.

Wie vorhin gezeigt wurde, endigt sich die erste Periode des Processes mit dem Urtheil oder mit der Rechtsdeclaration.

Da das Urtheil eine Aussage des Verstandes des Richters über die Beschaffenheit des streitigen Rechts-verhältnisses ist, so muß demselben eine Information über diejenige Thatumstände vorangehn, aus welchen jenes Verhältniß resultirt.

Kein Urtheil ist daher ohne Cognition, keine Cog-nition ohne Instruktion möglich.

Digitized by Google

Jeder streitende Theil ist zur Instruktion des Richters berechtigt, und dieser jeden dazu zuzulassen schuldig.

Die zur Instruktion gehörende Handlungen des Richters und der Partheyen bilden das Verfahren oder die Verhandlung.

Im Lauf der Verhandlung sollen beide Theile dem Richter die Thatsachen anzeigen aus welchen die von jedem Theil behaupteten oder geläugneten Befugnisse resultiren, und in so fern diese Thatsachen die behaupteten oder geläugneten Rechte wirklich als begründet oder vernichtet darstellen, sollen sie bewiesen werden. Die wechselseitige Vertheidigung der Partheyen vor dem Urtheil beschränkt sich lediglich auf ein solches Angeben und Beweisen.

Damit der Zweck dieser wechselseitigen Vertheidigung erreicht werde, muß

1) jeder Theil bekannt gemacht werden, mit den vom andern gegen ihn vorgebrachten Angaben nebst den Beweisen derselben;

2) jeder Theil muß zu Behauptungen und Beweisen, zu Gegenbehauptungen und Gegenbeweisen zugelassen werden;

3) der Richter findet sich oft vor der Rechtsdeklaration genöthigt, diejenige Thatsachen anzugeben, von

deren Beweis das im Urtheil zu deklarirende Recht abhängt;

4) eben so findet er sich oft auf Ansuchen der Parthey genöthigt, durch eignes Handeln, durch Befehlen und Vollziehen, diejenige Thatsachen ans Licht zu ziehen, auf welche sich die Parthey zur Begründung ihrer Forderung oder Verweigerung berufen hat.

Resultiren hieraus richterliche Verbindlichkeiten im Lauf der Verhandlung, so sind dadurch auch eben so viel Partheyenrechte erzeugt.

In Hinsicht der ersten Verbindlichkeit müssen alle Vorträge des einen Theils vom Richter dem andern mitgetheilt werden.

In Hinsicht der zweyten muß diese Mittheilung so oft es nöthig ist, mit der Zulassung zu gegenseitigen Behauptungen verbunden seyn. Auch muß aus eben dem Grunde der Richter jeden Theil mit seinem allenfalls anticipirten Beweise hören.

In Hinsicht der dritten findet sich oft der Richter am Schluß der Verhandlung (welche sich in diesem Fall als eine blos vorbereitende Verhandlung darstellt) außer Stand, das eingeklagte oder geläugnete Recht pur zu deklariren. Er kann blos die Thatsachen anzeigen, von deren Beweis die Rechtsdeklaration abhängt.

Endlich findet sich in Hinsicht der vierten Ver-

bindlichkeit der Richter oft zu eigner Thätigkeit, damit ein intendirter Beweis herbeigeschafft werde, und dadurch zu Erlassung von Befehlen und Vollstrekkung derselben genöthigt, z. B. zur Vorladung und Vernehmung von Zeugen, Aufnahme eines Augenscheins, Editionsauflagen ꝛc. ꝛc.

In Hinsicht aller dieser Verbindlichkeiten ist und bleibt der Richter nur passiv thätig; er hängt dabey von der durch die Rechte des andern Theils beschränkten Partheyenwillkühr ab. Es entsteht nämlich oft die Frage: ob die Parthey, welche eine aus jener richterlichen Verbindlichkeit entspringendes Recht ausüben will, in Hinsicht des andern Theils jenes Recht wirklich besizze, oder mit andern Worten: ob ihr ein bestimmtes Mittel zur Vertheidigung oder zur Erwirkung einer ihrer Intention entsprechenden Finalrechtsdeklaration überhaupt oder noch jezt zustehe. So oft über diese Frage zwischen den Partheyen gestritten wird, ist vor der Erlassung eines Urtheils in der Hauptsache ein Zwischenverfahren nöthig. Dieses Zwischenverfahren ist in der Idee, wenn schon nicht immer, wenn ich mich so ausdrükken darf, in der Erscheinung, seiner ganzen Struktur nach dem Hauptverfahren, von der Klage an bis zum lezten Akt der Hülfsvollstrekkung, gleich. Es ist nichts anders als ein Civilproceß über die Existenz oder Nichtexistenz des Rechts

zu einem in einem schon pendenten Hauptproceß geltend zu machenden Vertheidigungsmittel. Es erfolgt Gesuch (statt der Klage) Instruktion, Rechtsdeklaration und Realisirung derselben, begleitet, wenn es nöthig ist, durch Richterbefehle und Zwangsmittel nach der nämlichen Evolution. Man denke hier nur an das besondere Verfahren über die Aufhebung oder Nichtaufhebung eines Präklusivbescheides, über die Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit eines Beweismittels, eines Eides für Gefährde u. s. w.

Die richterlichen Thatäusserungen im Lauf der ersten, mit dem Urtheil oder der Rechtsdeklaration schliessenden Periode des Civilprocesses lassen sich jezt sehr genau classificiren. Es sind

a) Reflexionsakte über das Daseyn oder Nichtdaseyn eines auf Rechtsvertheidigung sich beziehenden Partheyenrechts (interlocutoria mera).

b) Reflexionsakte über die Thatsachen, von deren Beweis ein pur zu declarirendes Recht abhängt (interlocutoria mixta).

c) Willensakte über die der Parthey in Hinsicht ihrer Vertheidigung, oder was eben so viel heißt, zur Vervollständigung der richterlichen Information nachzulassende Handlungen (leitende Dekrete).

d) Willensakte, welche sich auf die Vollziehung derjenigen Reflexionsakte beziehen, die dem Haupt-

Digitized by Google

urtheil vorangehn, (z. B. Verfügungen wegen der Beweisführung nach vorgängigem Erkenntniß auf Beweis).

Nach der Bekanntmachung des Haupturtheils beginnt die zweite Periode des Civilprocesses. Es kömt jezt auf Vollziehung desselben an. Es sind richterliche Befehle und Vorschriften über das was geschehen soll, nöthig. Die Tendenz der richterlichen Thätigkeit geht nicht mehr auf Anerkennung eines Verhältnisses, sondern auf Wirklichmachung eines Verhältnisses. Bey Gelegenheit dieses Wirklichmachens oder der Exekution können aber wieder neue Streitigkeiten über die Gränzen und den Umfang derselben (Art und Weise der Exekution, Existenz der noch bey der Exekution zulässigen Einreden u. s. w.) entstehen. Es sind dann freilich wieder richterliche Reflexionsakte darüber nöthig. Es entsteht ein Zwischenverfahren nach der nämlichen Entwiklung wie in der ersten Periode des Processes. In Beziehung auf dieses Zwischenverfahren wird der Richter wieder eine Information zulassende, decidirende und vollziehende Behörde — aber alles nach umgekehrter Richtung. Wenn der Richter in der ersten Periode handelte, so handelte er zum Vortheil der Information, er exequirte um sachgemäß decidiren zu können. Wenn er in der zweyten Information zuläßt und decidirt, so geschieht es zum Be-

Digitized by Google

ſtem einer ſachgemäßen Exekution. In der erſten Periode entwikkelt ſich aus einem richterlichen Willensakt ein Reflexionsakt, in der zweiten aus einem Reflexionsakt ein Willensakt.

So iſt das gerichtliche Verfahren in ſeiner ganzen Evolution eine Reihenfolge von Verhandlungen, Rechtsdeklarationen und Hülfsvollſtrekkungen; ſo iſt der Richter immer als inſtruirende, decidirende und vollziehende Behörde thätig. So handelt er zulaſſend bey der Inſtruktion, blos ſeine Meinung und Anſicht erklärend bey der Deciſion, befehlend bey der Exekution. So erzeugt in nothwendiger und fortwährender Verkettung jede Rechtsdeciſion eine Exekution, der Spruch eine Handlung, der Verſtandesakt einen Willensakt, an welchen ſich nie eine neue Verhandlung und Inſtruktion anſchließt, bis das ganze Verfahren geendigt iſt.

* * *

Erſt jezt iſt es mir möglich, meine Anſicht über den Unterſchied zwiſchen der wahren Appellation und der Querel gegen den Richter aus der Natur des Inſtanzenverhältniſſes zu entwikkeln.

Indem die Geſezgebung der untern Gerichtsbehörde eine höhere und dieſer eine höchſte und lezte vorſezte, wurden alle Thatäuſſerungen untergeordneter

Digitized by Google

Gerichte, während der ganzen Evolution eines bestimten Processes, ein Gegenstand der Controlle des höhern Gerichts. Aber nach der Verschiedenheit jener Thatäusserungen selbst mußte diese Controlle verschiedene Formen annehmen und nach verschiedenen Regeln ausgeübt werden.

Vor allen Dingen galt die allgemeine Regel, daß so wie kein Richter ohne Kläger thätig wird, auch kein höherer Richter den untergeordneten controllirt, so lang kein Beschwerdeführer auftritt.

Hiernächst folgte aus der Natur der Sache, daß Beschwerden gegen die Reflexionsakte der untergeordneten Instanz über die Partheyenrechte oder über ihre Decisionen, nur durch entgegengesezte Reflexionsakte der höhern Instanz über die nämliche Partheyenrechte, so wie Beschwerden gegen die Willensakte, Zulassung und Befehle des vorigen Richters, nur durch entgegengesezte Willensakte, Zulassungen und Befehle des vorgesezten gehemt werden konnten.

Beschwerden der erstern Art nannte der Sprachgebrauch Appellationen, Beschwerden der leztern Art einfache Querelen.

Beyde Arten von Beschwerden, welche Unkunde und Routine in unsern Gerichten fast täglich verwechselt, können nicht sorgfältig genug von einander getrennt werden. Man kann nicht genau genug die Ge-

sichtspunkte herausheben, aus welchem sie, ihrer Entstehung und ihrer Wirkung nach, einander geradezu entgegengesezt sind.

Die Appellation ist eine Beschwerde gegen einen richterlichen Reflexionsakt, gegen ein in der Hauptsache, oder über einen Incidentpunkt ergangenes Urtheil.

Die simple Querel ist eine Beschwerde über einen richterlichen Willensakt, über eine Handlung des Richters, gleichviel ob dadurch etwas zugelassen oder befohlen wurde.

Bey der Appellation wird der vorige Richter keines fehlerhaften Thuns, sondern nur eines irrigen Meynens beschuldigt. Der Appellant wendet sich vom Ausspruch einer gesezlichen Präsumtionen nach weniger erleuchteten Behörde, an eine, gesezlichen Präsumtionen nach erleuchtetere und einsichtsvollere. Er sucht sie zur Ankündigung einer andern Meinung zu bestimmen.

Bey der simpeln Querel wird dem vorigen Richter ein fehlerhaftes Thun oder Nichtthun aufgebürdet. Die höhere Richterbehörde wird gebeten, der Untergeordneten entweder proceßordnungswidrige Handlungen zu untersagen, oder proceßordnungsmäßige vorzuschreiben, mithin verbietende oder gebietende Befehle an sie zu erlassen.

Digitized by Google

Da niemand wegen dessen was er meint, verantwortlich seyn kann, so wird bey der bloßen Appellation, in so fern der Hauptzwek derselben — ein reformatorisches Erkenntniß — vom Appellanten erlangt wird, nie das Subordinationsverhältniß zwischen dem höhern und untergeordneten Richter wirksam. Die simple Querel dagegen würde gar nicht mit Erfolg angebracht werden können, wenn im Instanzenverhältniß kein Subordinationsverhältniß enthalten wäre, und der höhere dem untergeordneten Richter keine Handlungen vorschreiben oder untersagen könnte.

Bey der Appellation ist daher der Bericht des vorigen Richters über die Gründe seiner Entscheidung, blos informativ, bey der Querel ist sein Bericht über die Gründe seines Verfahrens justifikativ.

So wichtig auch diese Unterscheidungsmerkmale zwischen der Appellation und der simpeln Querel sind, so gibt es doch noch folgenreichere und im Zweck alles gerichtlichen Verfahrens tiefer begründete Verschiedenheiten zwischen beiden Gattungen von Beschwerden.

Die Exekution, — nicht das Urtheil — also ein richterlicher Willensakt, nicht ein Reflexionsakt, ist der Zwek der Klage. Das Urtheil, und zwar ein

gültiges Urtheil ist nur die unerlaßliche Bedingung einer gesezmäßigen Exekution.

Damit dieser Zwek bald möglichst erreicht werde, muß jedes Urtheil möglichst schnell den Weg zur Exekution bahnen.

Das Urtheil untergeordneter Instanzen kann aber doch nicht sogleich vollzogen werden, weil die Gültigkeit desselben erst von der Frage abhängt, ob der Sucumbent nicht appelliren, und ob der höhere Richter kein anderes Urtheil an die Stelle des vorigen sezzen werde.

Hieraus ergiebt sich folgendes Dilemma:

a) Um den Zweck der Klage — die Exekution — zu erreichen, muß das Urtheil sofort exequirt werden.

b) Da aber die Gültigkeit des Urtheils erst vom Nichteinwenden einer Appellation, und vom Nichterscheinen eines abändernden oberrichterlichen Urtheils abhängt, und da ein gültiges Urtheil die unerlaßliche Bedingung einer gesezmäßigen Exekution ist, so darf es nicht sofort exequirt werden.

Zur Vereinigung dieser widersprechenden Forderungen der Justizpflege, und damit nicht etwa gar die Forderung b die Realisirung der Forderung a auf ewige Zeiten hin unerreichbar mache, hat die Gesezgebung eine Einrichtung eingeführt, durch welche un-

Digitized by Google

ter gewissen Bedingungen die Foderung a zum Theil der Forderung b, und wenn diese Bedingungen nicht existiren, die Foderung b der Forderung a ganz aufgeopfert wird.

Die Vorschriften des Civilprocesses über Appellationsfatalien stellen eine solche Einrichtung dar.

Wenn die Parthey nicht binnen zehn Tagen erklärt, daß sie das Urtheil durch Appellation angreifen wolle, so wird es sofort gültig oder rechtskräftig und bahnt den Weg zu einer gesezmäßigen Exekution.

Eine solche Anzeige dagegen verhindert das Gültigwerden des Urtheils, und verschließt mithin den Weg zur Vollstrekkung desselben; und da auf das Urtheil — gleichviel ob es über die Hauptsache oder über einen Incidentpunkt ausgesprochen wurde, — nichts weiter als die Vollstrekkung, auf den Reflexionsakt nichts weiter als der Willensakt oder die Handlung folgen kann, so folgt, daß mit der bloßen Appellationsanzeige alle Thätigkeit des sogenannten Richters wovon (judex a quo) sofort gehemt ist. Diese Einrichtung enthält nichts Willkührliches. Sie resultirt mit unausweichlicher Nothwendigkeit aus den Evolutionsgesezzen des Civilprocesses. Der Sprachgebrauch nent diese Wirkung die Appellationsanzeige, den Suspensiveffekt der Appellation.

Ich übergehe die übrigen Appellationsfatalien.

Digitized by Google

Die Nothwendigkeit ihrer Wahrnehmung ist nicht allein durch die Nothwendigkeit der Anzeige der Appellation binnen zehn Tagen (Wahrnehmung des Interpositionsfatals) bedingt, sondern sie erzeugen auch so wenig den Suspensiveffekt, daß sie vielmehr zur Abkürzung und Einschränkung des schon erzeugten Suspensiveffekts eingeführt sind.

Bey der simpeln Querel gibt es keine Rechtskraft, keine Fatalien und kein Suspensiveffekt.

Sie ist gegen richterliche Handlungen gerichtet. Da aber diese Handlungen entweder zur Exekution der Hauptdecision selbst gehören, oder zur bloßen Instruktion (als Vorbereitung einer Decision oder als Vollziehung eines Instruktionsmittels); da mithin diese Handlungen keine Rechte bestimmen, so kann auch durch Zeitablauf nie ein gültiges demnächst zu vollziehendes Recht daraus erzeugt werden.

Wo der Natur der Sache nach Zeitablauf keine Rechtskraft hervorbringt, da kann — wieder der Natur der Sache nach — die frühzeitige Erklärung des vermeintlich Beschwerten, auch die Entstehung einer Rechtskraft nicht verhindern. Es wäre daher ganz überflüßig gewesen, die simple Querel an Fatalien zu binden.

Da die richterliche Thatäusserung, gegen welche die Querel gerichtet ist, nicht erst den Weg zur Vollzie-

Digitized by Google

hung bahnte, sondern nichts anders als eine auf das Haupturtheil oder auf die Instruktion sich beziehende Vollziehung selbst enthält, so wäre es eben so unnöthig gewesen, mit der bloßen Anzeige der Querel einen Suspensiveffekt zu verbinden, und das Handeln des Richters, vom bloßen Willen der Parthey abhängig zu machen.

Bey der wahren Appellation steht — wenn ich mich dieses Bildes bedienen darf — die Richtermaschiene auf das bloße Gebot der ihr unterworfenen Parthey, bey der Querel erst nach der Direktion des vorgesezten höhern Richters, still.

Bey der wahren Appellation würde der untergeordnete Richter durch ferneres Wirken nach der Anzeige derselben eben so gesezwidrig handeln, als er bey der Querel sich pflichtwidriger Unterlassungen schuldig machen würde, wenn er der bloßen Anzeige des Querulanten wegen, und wenn ihn nicht etwa andere bloße Klugheitsrükſichten bestimmten, sein Verfahren einstellte.

Bey der wahren Appellation ist die mit der Akteneinforderung gewöhnlich verbundene oberrichterliche Inhibition entweder eine bloße Floskel des Gerichtsstyls, da schon in der bloßen Appellationsanzeige die Inhibition enthalten ist; oder sie kündigt nur dem Unterrichter — wenn er etwa darüber zweifelhaft ge-

Digitized by Google

wesen wäre — an, daß der Oberrichter die an ihn gebrachte Beschwerde für eine wahre zu seiner Cognition geeignete Appellation halte. Der Unterrichter darf daher die Inhibition, ehe er still steht, nicht erst abwarten, und wenn sie ausbleibt, dennoch nicht fortfahren. Bey der simpeln Querel ist sie wesentlich. So lange sie nicht ergangen ist, hört die Aktivität des vorigen Richters nicht auf.

Aus dem der einfachen Querel fehlenden Suspensiveffekt der Appellation, entwikkelt sich noch ein anderes eben so wesentliches Unterscheidungsmerkmal derselben.

Indem die tempestive Appellationsanzeige die Thätigkeit des bisherigen Richters hemt, hemt sie nicht die weitere Evolution des Processes selbst; sie bringt keinen Stillstand der Rechtspflege, sondern nur der bisherigen Rechtsbehörde hervor. Sie verpflanzt das weitere Verfahren in allen seinen Bestandtheilen in die Hände eines andern Richters. Der Sprachgebrauch nent dies den Devolutiveffekt der Appellation.

Die Gerichtsbarkeit des bisherigen Instanzrichters in der gegenwärtigen Sache geht an einen andern Instanzrichter über. Diese Devolution erfolgt im Moment der Appellationsanzeige, wird wirksam im Moment der Erlassung der sogenannten Compulso-

rialien oder der Akteneinforderung, und nimt mit der Erlassung der Remissorialien oder der Aktenzurükfendung ein Ende.

Hieraus folgt, daß der höhere Richter nicht blos in Ansehung der durch die Appellation angefochtenen unterrichterlichen Decision zu erkennen habe. Er bleibt Richter bis er Remissorialien erläßt, oder durch weitere Appellation an eine noch höhere Instanz ausser Thätigkeit gesezt wird.

Durch den Devolutiveffekt der Appellation wird der höhere Richter, wenn er reformatorisch entschieden und etwa auf Beweis interloquirt hat, berechtigt, das Beweisverfahren vor seinem Tribunal einzuleiten und zu beendigen. Er kann des nämlichen Devolutiveffekts wegen die Exekution selbst verfügen.

Da die simple Querel mit keinem Suspensiveffekt verbunden ist, so hat sie auch keine Devolutivkraft. Sie hebt die Gerichtsbarkeit des bisherigen Richters nicht auf. Sie macht den Proceß nicht beim höhern Richter pendent *). Hieraus folgt, daß der leztere einzig und allein über diejenige unterrichterliche Handlung, über welche querulirt worden ist, verfügen kann, ohne weiter verfahren zu dürfen. Durch die Akteneinforderung zieht er keine Gerichtsbarkeit in der

*) Die Ausnahmen bey verweigerter oder verzögerter Justiz gehören zu den Anomalien der Justizgesezgebung.

Sache selbst an sich, durch die Zurücksendung der Akten giebt er sie nicht zurük. Jene enthält daher keine Compulsorialien, diese keine Remissorialien im Sinn des Appellationsprocesses.

Bey der wahren Appellation macht sich der Unterrichter, durch jede richterliche Thatäusserung in der Sache, nach zeitig eingelegter Appellation, eines Attentats oder Eingriffs in fremde Gerichtsbarkeit schuldig. Bey der einfachen Querel kann der ungehorsame Unterrichter kein Attentat; sondern nur eine subordinationswidrige Handlung begehen. Dagegen wird bey der Querel die Handlung des Oberrichters selbst, wenn er nach Erledigung des Gegenstandes der Querel in der Sache weiter fortfährt, zum Attentat oder Eingriff in die unterrichterliche Jurisdiktion.

Bey der wahren Appellation ist die zwingende Gewalt des Oberrichters Emanation seiner Gerichtsbarkeit über die Partheien in zweiter Instanz. Bey der einfachen Querel ist sie Ausfluß seiner oberaufsehenden Gewalt über den Unterrichter. Dort wirkt sie unmittelbar auf die Partheien, hier unmittelbar auf den Unterrichter; dort kann — so lange die Sache bey der höhern Instanz pendent ist — der vorige Richter nur auf besondern Auftrag des höhern, die Parthey zwingen. Hier zwingt sie der Unterrichter, — bey

welchem Gerichtsbarkeit und Litispendenz der Querel ungeachtet fortdauert — nicht nach höherm Auftrag, sondern nach höherer Vorschrift.

* * *

Es gibt richterliche Thatäusserungen, welche Reflexions- und Willensakte, Decision und Vorschrift zugleich enthalten. Sie sezzen die Rechtspflege über die Frage in Verlegenheit, ob sie nach den bey der Appellation oder bey der Querel eintretenden Grundsäzzen zu behandeln sind.

Ich rede nicht von den Fällen, in welchen die Parthey aus Unkunde einer einfachen richterlichen Vorschrift eine Appellation mit Wahrnehmung der Fatalien entgegensezt. Bloßer Partheienmißgriff kann nicht die Natur der Dinge ändern; er kann mithin keine Querel in eine wahre Appellation verwandeln.

Ich rede auch nicht von den Fällen, in welchen die Parthey einer einfachen richterlichen Verfügung Vorstellungen bey dem nämlichen Richter entgegensezt, um eine Verhandlung darüber zu veranlassen, eine scheinbare bloße Decision über die Zweckmäßigkeit derselben (also einen Reflexionsakt) zu erwirken, und demnächst eine Appellation dagegen zu ergreifen. Dies würde einen Advokatenkunstgriff (nicht Mißgriff) darstellen, um wo möglich durch die Verwandlung

einer bloßen Querel in eine Appellation den Suspensiveffekt zu erschleichen. Was aber dem Irrthum der Parthey nicht möglich ist, darf noch vielweniger ihrem bösen Vorsaz gelingen.

Ich rede nur von den Fällen, in welchen wirklich die richterliche Verfügung, indem sie eine Handlung zuläßt oder befiehlt, zugleich über ein Partheyenrecht zu decidiren scheint, oder umgekehrt, indem sie blos ein Rechtsverhältniß einer Parthey zur andern bestimt, wirklich eine auf bloße Instruktion oder Exekution sich beziehende Handlung zuzulassen oder vorzuschreiben scheint.

Beispiele werden Fälle dieser Art vollkommen erläutern.

a) Der Richter präkludirt die Replik, und beharrt, der Vorstellung des Klägers ungeachtet bey der Präkluſion. — Hier erscheint die den Kläger von weiterer Rechtsvertheidigung ausschliessende Verfügung zugleich als ein Reflexionsakt über das Nichtdaseyn des Rechts dazu.

b) Im Beweisverfahren wird ein Zeuge vorgeschlagen, oder um Augenschein gebeten. Die Zuläſſigkeit der Abhörung des Zeugen oder der Besichtigung, wird vom andern Theil bestritten. Der Richter verfügt die Abhörung oder den Augenschein. Hier findet sich in der Vorschrift

des Richters, welche eine Parthey zum Gebrauch eines Beweismittels zuläßt, zugleich die Anerkennung des Rechts der Parthey auf dieses Beweismittel selbst.

c) Im Exekutionsverfahren schüzt der Succumbent Compensation vor, behauptet seine Gegenforderung auf der Stelle liquidirt zu haben, und wird vom Richter Einwendens ungehindert auf Bezahlung fortexequirt. Ein Reflexions- und ein Willensakt, ein Erkennen über das Recht der Compensation, (Bestimmung des Verhältnisses einer Parthey zur andern) und die Erlassung eines Zahlungsbefehls finden sich in der einen und nemlichen richterlichen Thatäusserung vereinigt.

In allen diesen Fällen ist nun die Frage, ob das richterliche Dekret den Weg zur Appellation oder zur einfachen Querel öfne, nicht blos wegen der wahrzunehmenden Fatalien, sondern auch wegen des eintretenden oder nicht eintretenden Suspensiveffekts, von der grösten Wichtigkeit.

Ob der Richter, der gegen die Präklusion der Replik, Abhörung eines Zeugen, Fortsezzung der Exekution eingewandten Appellation ungeachtet, bis zu oberrichterlichen Inhibition, im ersten Fall mit Aktenintrotulation und Urtheilsverkündigung fortfahren, im zweiten die Zeugenabhörung vornehmen, im drit-

Digitized by Google

ten Pfändung und Vollstrekkungszwang fortsetzen könne, das sind Fragen, von deren praktischen Beantwortung nicht selten der ganze Ausgang des Processes, Wohl und Weh einer Familie abhängt.

Die uneingeschränkte Behauptung, daß überall wo der richterliche Willensakt zugleich einen Reflexionsakt über Partheienverhältnisse ausspricht, der Weg zur Appellation und Rechtskraft mit allen Folgen derselben geöfnet sey, würde zu eben so großen Inconsequenzen führen, als die uneingeschränkte Behauptung des Gegentheils. Könnte der Richter das gegen die Präklusion der Replik eingewandte Rechtsmittel als bloße Querel behandeln, so könnte daraus leicht die Ungereimtheit eines durch oberrichterlichen Befehl aufzuhebenden Urtheils folgen. Müßte der Richter der eingewandten Appellation wegen die Abhörung eines Zeugen oder die Aufnahme eines Augenscheins aussezzen, so könnte oft der Beweisführer unverschuldet, alle seine Beweismittel verlieren. Das Schnellgefühl des Praktikers ahnt den Unterschied zwischen beiden Fällen. Aber nur der metaphisischen Abstraktion gelingt es, den allgemeinen Grund desselben aufzufinden.

Irre ich nicht, so ist das Problem nur auf folgendem Wege oder gar nicht zu lösen.

Daß Endurtheile und Erkenntnisse auf oder über

den Beweis in der Hauptsache gar kein Gegenstand desselben sind, versteht sich von selbst, wenn schon lezte-re neben der bedingten Rechtsdeklaration zugleich die Vorschrift, daß die Parthey, wenn sie wollte, dieses oder jenes Faktum beweisen dürfe, enthalten.

Es kann daher die in Hinsicht ihrer Folgen problematische Vermischung richterlicher Reflexions- und Willensakte nur bey Verfügungen gedacht werden, welche sich auf die vorbereitende Instruktion, oder auf die Leitung und Realisirung des Beweises, oder auf die Exekution beziehen.

Diese Verfügungen sind nun entweder um des formellen oder um des materiellen Rechts willen erlassen; sie sollen jenes oder dieses realisiren. Im ersten Fall absorbirt der richterliche Reflexions den Willensakt, und es ist der Weg zur Appellation, im zweiten Fall absorbirt der Willensakt den Reflexionsakt, und es ist der Weg zur einfachen Querel gebahnt.

Die um des formellen Rechts willen ergangene richterliche Präklusion der Replik wird hiernach nur durch Appellation, die des materiellen Rechts wegen verfügte Zeugenabhörung oder Besichtigung wird nur durch Querel angegriffen werden können. Dort wird Suspensiveffekt eintreten, hier nicht.

Digitized by Google

Dies wäre zwar eine Entscheidung nach einem allgemeinen Grundsaz. Den Beweiß der Richtigkeit desselben bin ich aber noch zu liefern schuldig. Es kömt dabey vor allen Dingen auf die Bestimmung und Begründung des Unterschieds zwischen formellen und materiellen Rechten an.

Alles processualische Verfahren hat einen doppelten sich durchkreuzzenden Zwek. Der eine kann nicht anders als auf Kosten des andern, und eben darum kann keiner ganz erreicht werden.

Einmal soll das gerichtliche Verfahren mit der gründlichsten Umsicht, mit der reinsten Unbefangenheit nur diejenigen Rechtsverhältnisse realisiren, welche dem Proceß vorangegangen sind, und deren Vollziehung die streitenden Theile gleich beim Anfang desselben verlangt haben. Zweitens soll es den um richterliche Hülfe nachsuchenden schleunigst zu dem ihrigen helfen. Es soll also einmal gründliche und zweitens promte Justizpflege geleistet werden.

Daß beide Zwekke einander widersprechen und zerstören, daß bey einer höchst sorgfältigen und genauen Untersuchung Processe leicht verewigt, bey einer höchst schleunigen dagegen oft schief entschieden werden müssen, bedarf keiner Ausführung.

Gesezgebungen, welche die Wohlthat einer recht promten Justiz sichern wollten, liessen die Willkühr

des der Nothwendigkeit eines sorgfältigen Verfahrens entbundenen Justizbeamten als Gesez gelten. Gesezgebungen, welchen es auf eine recht gründliche Justiz ankam, erklärten ihn zum bloßen Organ des Gesezzes und verpflichteten ihn zu einem sehr sorgfältigen Verfahren. Dort wurde denn ohne Procedur recht schnell und willkührlich (z. B. in der Türkey) hier nach sorgfältigen Proceduren und ängstlich wahrgenommenen Förmlichkeiten recht langsam und gesezlich entschieden. (Z. B. in England).

Montesquieu nennt irgendwo die kostspieligen Förmlichkeiten des Verfahrens, so viel Schlupfwinkel sie auch der Chicane darbieten, eben so viel Verschanzungen der Gesezgebung gegen den Eindrang von Richterwillkühr und Richterdespotismus. Die Kosten einer eben so langsamen als ruindsen Justiz sind der Preis der bürgerlichen Sicherheit und Freyheit.

Um indessen in der Sorgfalt der Procedur der der Rechtsverfolgung entschlüpfenden Chicane kein unbegränztes Feld zu öfnen, um in den Förmlichkeiten des Processes kein Labirinth ohne Ausgang darzustellen, mußte die Gesezgebung den Zögerungen, dem Leugnen, dem Verschweigen der Chicane, ein durch diese nemliche Zögerungen, Leugnen und Verschweigen erzeugtes förmliches (darum aber nichts weniger als

Digitized by Google

willkührliches) Recht entgegensezzen. Sie mußte zu der Fiktion von stillschweigendem Eingeständniß, von Verzichtleistung auf wirkliche Rechte, oder auf zugelassene Vertheidigung wegen verschwiegener Einreden, versäumten Fristen und Terminen u. s. w. ihre Zuflucht nehmen. Durch diese Fiktionen entwikkelten sich im Lauf des Processes und durch den Organismus der Procedur ein dem wirklichen Recht entgegengesezes und substituirtes förmliches.

Nach dieser Erklärung ist das materielle oder wirkliche Recht nichts anders, als das zwischen den Partheyen wirklich beim Anfang des Streits vorhandene, durch die beabsichtigte Folgen der Procedur ans Licht zu ziehende, nach geschlossener Instruktion zu deklarirende und demnächst zu vollziehende Recht.

Das förmliche Recht dagegen entsteht durch die im Lauf der Procedur, durch schiefe Litiscontestation, versäumte Einreden, unterlassene Appellation, ergangene Präclusionen u. s. w. entstandene von der Procedur nicht beabsichtigte Abänderungen im wirklichen Verhältniß der Partheyen in Ansehung des Gegenstandes des Streits.

Haben diese Abänderungen auf den Inhalt der endlichen Rechtsdeklaration, oder des Haupturtheils wesentlichen Einfluß, so ist durch den Organismus der Procedur, obgleich gegen ihre Tendenz ein förmliches

Digitized by Google

Recht entstanden, welches von dem beim Anfang derselben vorhandenen, durch die Procedur nach ihrer Haupttendenz zu realisirenden wirklichen Recht himmelweit verschieden seyn kann.

Man darf hiernach die Förmlichkeiten des Processes nicht mit dem förmlichen Recht verwechseln; man darf sie eben so wenig für die Quelle desselben halten. So wie jene zum Schuz des wirklichen Rechts gegen richterliche Mißgriffe eingeführt sind, so dient dieses zur Abwendung des Mißbrauchs den die Parthey von jenen Schuzanstalten machen möchte. Der der Rechtsverfolgung bösartig oder nachläßig ausweichende Processer läuft Gefahr, mit Verlust seines wirklichen Rechts, sich rettungslos in den Fallstrikken des förmlichen Rechts zu verwikkeln.

Jezt wird es mir leicht werden, meine vorhin aufgestellte Behauptung zu rechtfertigen.

Enthält eine richterliche im Lauf der Instruktion oder der Exekution erlassene Verfügung — das war der zu beweisende Grundsaz; — neben einer Vorschrift über das was geschehen darf oder soll, zugleich eine Entscheidung über das, was Rechtens ist, so öfnet sie blos den Weg zur Appellation, wenn sie in Hinsicht des förmlichen, sie öfnet blos den Weg zur Querel, wenn sie in Hinsicht des wirklichen Rechts ergangen war; denn indem Verfügungen er-

Digitized by Google

sterer Art die Parthey von ihrem wirklichen Recht ausschliessen, drükken sie das Urtheil aus, daß ihr Rechtsverhältniß zu ihrem Gegner nach verändertem förmlichen Recht zu bestimmen sey. Indem, um das vorige Beispiel wieder anzuführen, der Richter die Replik präkludirt, bestimmt er, daß eine Rechtsdeklaration erfolgen solle, welche auf alles, was der Kläger den Einreden des Beklagten nach dem wirklichen Recht entgegen sezzen könnte, keine Rücksicht nimmt. Er spricht ihm hiernach sein wirkliches Recht ab. Dies ist eine wahre Decision über Partheyenverhältnisse, welche, wenn dagegen zeitig appellirt wird, nicht eher vollzogen werden darf, bis sie unwiederrufliches Recht enthält. — Verfügungen der zweiten Art dagegen sezzen nichts über ein in der Hauptsache verändertes Rechtsverhältniß fest. Sie sind um des wirklich beim Anfang des Streits vorhandenen Rechts willen, welches durch die Verfügung und durch die Vollziehung derselben aufgeklärt werden soll, erlassen. Sie bestimmen gar kein demnächst zu realisirendes Rechtsverhältniß, sondern decidiren nur, daß die vom Richter zur Aufklärung des wirklichen Rechts verfügte Maasregel gesezmäßig sey. Indem der Richter — um wieder, was ich sagen will, durch das schon vorhin gewählte Beispiel zu erläutern — der Einwendung des Producten ungeachtet mit Zeugenabhörung oder Augen-

Digitized by Google

schein vorschreitet, kann er vielleicht eine unnüzze oder irrelevante Maasregel realisiren; allein dem wirklichen Recht kann die Vollziehung derselben nie nachtheilig werden. Die vollzogene Präklusion der Replik kann ein dem wirklichen Recht widersprechende Finalentscheidung zur Folge haben. Ein des Widerspruchs ungeachtet dekretirter Augenschein kann keine solche Wirkung äussern. Es ist zwar dort wie hier ein richterlicher Reflexionsakt vorhanden. Allein er betrift dort Partheyenverhältnisse, hier richterliches Verfahren.

Digitized by Google

IV.

Ueber wirkliches und förmliches Recht und über die Tendenz der Appellation beide in Harmonie zu sezzen.

Das durch Thatsachen und positive Gesezze begründete Recht kann man das wirkliche Recht nennen. Ihm gegenüber steht das durch den Ausspruch des Richters deklarirte förmliche Recht *).

Es ist nemlich durch das was im bürgerlichen Leben geschehen ist, im Verhältniß zum positiven Gesez ein wirkliches aber äusserlich nicht immer erkennbares und an und für sich bürgerlich nie geltendes Rechtsverhältniß begründet. Durch den Civilpro-

*) Man sezt in einem andern Sinn das wirkliche dem förmlichen Recht entgegen, findet jenes im Naturrecht, dieses im positiven Gesez. Da indessen das Naturrecht nichts anders als ein mögliches positives Recht, und dieses nichts anders als ein geltendes oder realisirtes Naturrecht ist, so hat jener Gegensaz weder Gehalt noch Sinn.

Zugleich bitte ich, nicht zu übersehen, daß ich hier mit den Ausdrükken wirkliches und förmliches Recht einen Begriff verbinde, welcher nicht ganz mit dem Begriff des materiellen und formellen Rechts, von welchem in der vorigen Abhandlung die Rede war, zusammenfällt.

Digitized by Google

ceß soll dieses wirkliche Recht ausgemittelt und vom Richter ausgesprochen werden. Hierdurch geht das wirkliche in ein förmliches Recht über.

Der Ausspruch des Richters gilt indessen an und für sich, und nicht etwa nur in so fern als er mit dem ausgesprochenen wirklichen Rechtsverhältniß übereinstimmt. Er begründet ein für sich bestehendes Recht, welches einzig und allein — ohne weiter auf das zum Grunde liegende wirkliche Rechtsverhältniß zu achten — im Vollstreckungs- oder Exekutionsverfahren berücksichtigt wird. Das wirkliche Recht muß erst förmliches geworden seyn, eh es geltendes Recht werden kann.

Für die Hülfsvollstreckung ist hier noch das wirkliche Recht ohne allen Gehalt. Alles zu vollziehende Recht muß ein ausgesprochenes nicht ein auszusprechendes seyn. Im Ausgesprochenen ist aber das Auszusprechende erloschen, im Erkannten das zu Erkennende vernichtet und absorbirt. Das wirkliche Recht hat für die Hülfsvollstreckung nur in so fern Werth, als es im förmlichen dargestellt wird. Jenes ist Stof, dieses Vehikel. Die Formalisirung des wirklichen Rechts ist die unerlaßliche Bedingung der Realisirung desselben.

Diese Ansicht ist für die Darstellung der Natur und des Zwecks der Appellation sehr fruchtbar.

Digitized by Google

So ausgemacht nemlich nie das durch Faktum und Gesez begründete wirkliche, sondern immer nur das durch den Richterspruch förmlich gewordene Recht realisirt wird, so gewiß soll durch den Organismus des Civilprocesses das wirkliche Recht möglichst treu und wahr im förmlichen Recht dargestellt werden. Wie die Sprache den Gedanken, so soll der Spruch das Recht rein und vollständig hinstellen. Die Appellation hat keine andere Tendenz als die Beförderung der Reinheit dieser Articulation. Sie unterwirft das Ausgesprochene einem nochmaligen Ausspruch. Sie verstattet den Partheyen alle Merkmale des wirklichen Rechts einem andern unbefangenen Richter nochmals vorzulegen. Sie zergliedert nicht blos den Ausspruch des vorigen Richters, sondern die Sache selbst, ist nicht einzig und allein gegen die Sentenz gerichtet, sondern durch das so sehr mißverstandene und doch so tief in der Sache gegründete Recht der neuen Ausführung für die Wahrheit wirksam. Wie bei der Rechnungsprüfung nicht blos die Operationen des vorigen Rechners und seine Construktionen wiederholt, sondern oft durch neue Construktionen, auf ganz verschiedenen Wegen, die Wahrheit des vorigen Resultats justificirt wird, so ist auch im Appellationsproceß nur das Resultat, und es sind keineswegs blos die Mittelsätze, durch welche der vorige Richter zu dem Resultat ge-

Digitized by Google

kommen ist, der Gegenstand der oberrichterlichen Untersuchung.

Da nun die Appellation keinen andern Zwek als die Purifikation des förmlichen Rechts haben kann, so folgt von selbst, daß jede Handlung der Partheyl, jedes an den höhern Richter gerichtete Gesuch, welches eine solche Purifikation nicht zu erwirken vermag, keine Appellation seyn könne, und ohne Sachen und Begriffe zu vermengen nicht nach den Regeln der Appellation beurtheilt werden dürfe.

Ich mache hier auf ein neues Merkmal des Unterschieds zwischen Appellation und simpler Querel aufmerksam, welches in der vorigen Ausführung nicht angegeben war, und doch stillschweigend darin enthalten ist.

Ist die Appellation nur das Mittel zur Beförderung der Harmonie zwischen wirklichem und förmlichem Recht, so folgt von selbst, daß wo die Erreichung dieses Zweks nicht denkbar ist, auch die Bedingungen zur Anwendung der Appellation als Mittel, fehlen. Es folgt von selbst, daß wo kein förmliches Recht durch Versäumung der Appellation in geltendes übergehen kann, oder was eben so viel heißt, wo kein wirkliches Recht in dem Ausspruch des Richters artikulirt werden sollte, auch die durch Appellation abzuwendende Verlezzung nicht existire.

Digitized by Google

Nun stellt aber jede richterliche Verfügung, welche blos die Merkmale des wirklichen Rechts zu enthüllen, oder die Möglichkeit der Vollziehung des künftig zu artikulirenden, oder des dereinstigen förmlichen Rechts zu sichern strebt, noch kein förmliches Recht dar. Gegen eine solche Verfügung ist hiernach auch keine Appellation zulässig.

Entsteht in einem bestimmten Fall die Frage über die Zulässigkeit oder Nichtzulässigkeit der Appellation gegen ein bestimmtes richterliches Erkennen oder Verfügen, so liegt die Antwort in der einzigen Beurtheilung der Vorfrage: könnte die Harmonie zwischen wirklichem und förmlichem Recht, wenn die angeblich beschwerende richterliche Verfügung als geltend betrachtet würde, gestört werden?

Eine solche Störung erfolgt nicht blos durch die Rechtskraft der Entscheidung der Hauptsache, oder eines Erkenntnisses auf Beweis: sie erfolgt auch, wenn Erkenntnisse über die Mittel zur Enthüllung der Rechtsmerkmale als eigne Rechte betrachtet, geltendes Recht werden.

Sie erfolgt dagegen nicht, wenn die richterliche Verfügung weder über die streitige Hauptsache, noch über die Mittel zur Vertheidigung derselben, als eigne Rechte betrachtet etwas förmlich ausspricht.

Digitized by Google

Sie erfolgt nicht, wenn der Richter die Justiz verweigert oder verzögert, oder ohne sich zu informiren, sie nach einer nichtigen Instruktion, nichtig administrirt; sie erfolgt eben so wenig, wenn er eine überflüßige Vertheidigung zuläßt, ein nochmalig Gehör verstattet, einen Zeugen oder ein Beweismittel admittirt, u. s. w.; sie kann dagegen umgekehrt die Folge einer abgeschnittenen Vertheidigung eines verweigerten Zeugenverhörs oder eines verworfenen Beweismittels seyn.

Digitized by Google

V.

Ueber den Unterschied zwischen Appellation und Querel nach römischem und kanonischem Recht. Bestimmungen des Kirchenrechts zu Trident, der Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555 und des Reichsdeputationsabschiedes vom Jahr 1600.

Nirgends hat weder das römische noch das canonische Recht diesen Unterschied bestimt ausgesprochen. Deutsche Reichsgesezze nehmen ihn als bekannt an *), bestimmen ihn aber ebenfalls gesezlich nicht.

Das römische Recht läßt nur gegen definitive Urtheile und den definitiven Erkenntnissen gleiche Interlokute eine Appellation zu **). Es verwirft Appellationen gegen entscheidende richterliche Erkenntnisse über Vertheidigungsmittel im Laufe des Rechtsstreits †).

*) R. A. vom Jahr 1594. §. 95.

**) Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam judex interlocutus sit. D. XLIX. 5. de appell. rec. v. non, fr. 2. —

†) Oportet post omnem litem finitam tunc appellationem

Damit war aber keineswegs der Unterschied zwischen Appellation und Querel, wie ich aus dem Begriff und aus der Natur der Sache ihn entwikkelt habe, inconsequent verschoben: die Gesezgebung hatte nur eine andere nicht minder konsequente Ansicht aufgefaßt.

Es galt der oberste Grundsaz: — wo Rechtskraft entsteht, ist Appellation nothwendig; Rechtskraft entsteht aber überall, wo der Richter seine eigene Entscheidung nicht zurüknehmen kann *).

Nun entstand aber bey bloßen Interlokuten, bey Entscheidungen über Vertheidigungsmittel als eigne Rechte betrachtet, keine Rechtskraft. In der folgen-

reddi: neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi deneget jus competens, id est, vel testium productionem, aut relectionem instrumenti: potest enim in appellatione omnia denudare, seu exercere, ne contra medii temporis interlocutionem, data appellatione, mora injiciatur dilationibus, saepius in eadem causa data appellatione et examinata, iterum alio capitulo ventilato, et iterum contra etiam ipsum porrecta appellatione. C. VII. 62. de appell. et cons. l. 36.

*) Neque suam, neque decessoris cui sententiam quenquam posse retractare, in dubium non venit. C. VII. 50. Sent. resc. non posse. 1. — Quod jussit vetuitve praetor contrario imperio tollere et repetere licet: de sententiis contra. D. XLII. 1. de re judicata, fr. 14.

Digitized by Google

den Instanz konnte man noch immer zu den in der vorigen verworfenen Beweismitteln seine Zuflucht nehmen. Folglich war auch gegen Interlokute über Beweismittel weder eine Appellation nöthig noch rechtlich möglich *).

Das canonische Recht erweiterte die Appellation. Es verstattete dieses Rechtsmittel gegen alle mögliche Gattungen richterlicher Erkenntnisse und Verfügungen **). Es wich von der Consequenz des römischen Rechts ab. Hatte dieses den Grundsaz festgesezt, daß der Richter die von ihm selbst zugefügte Beschwerde nicht heben könne, so verstattete das canonische Recht dem Richter die Aufhebung seiner eignen Beschwerden, bey allen nur nach canonischem Recht zulässigen Appellationen.

Um dies ganz deutlich zu machen, muß ich die Hauptverfügungen des kanonischen Rechts aus den Quellen selbst zusammenstellen.

1) In Ansehung unbedingter und bedingter Haupturtheile lies es das kanonische Recht durchaus

*) C. VII. 62. de appell. et cons. 36.

**) Sacri canones *ante* et *post* litis contestationem et in prolatione sententiae et *post*, singulis facultatem tribuunt appellandi. C. 12. X. de appell.

Digitized by Google

bey den Bestimmungen des römischen Rechts bewenden *).

2) In Ansehung aller andern richterlichen Verfügungen vor und nach der Litiscontestation stellte es den Partheyen frey, sich im Wege der Appellation an den höhern Richter zu wenden **).

3) Bey der Appellation des römischen Rechts hemte die bloße Appellationsanzeige, das einfache schriftlich oder mündlich ausgesprochene Appello die Thätigkeit des vorigen Richters. Hiernächst war der Appellant nicht früher als binnen einem Jahr die Appellation bey dem höhern Richter ein und auszuführen schuldig ***). Bey der Appellation des kanonischen Rechts dagegen mußte der Appellant nothwendig die Appellation beim Unterrichter schriftlich anzeigen; er mußte sie in dieser Anzeige motiviren ****); er mußte um Apostoln nachsuchen, welche der Unterrichter ebenfalls mit Anzeige des Grundes

*) Iis quae in appellationibus a definitivis sententiis antiquitas statuit non mutatis. C. 1. de appell. in 6to.

**) C. 12. X. de appell.

***) Authentica, *Ei qui appellat. etc.* (Novella 49 p.)

****) Sancimus igitur, ut si quis in judicio vel extra, super interlocutoria vel gravamine aliquo ad nos duxerit appellandum, causam appellationis in scriptis assignare deproperet.

Digitized by Google

der Appellation, und wenn er die Appellation für unstatthaft hielt, mit Anzeige des Grundes dieser Unstatthaftigkeit, zu ertheilen schuldig war *). Der Unterrichter mußte ferner eine Frist zur Fortsezzung der Appellation beim höhern Richter ansezzen **); der Appellant mußte und der Appellat konnte, wenn er es für gut fand, binnen dieser Frist beim höhern Richter wegen des Gegenstands der Appellation handeln; der höhere Richter dagegen sollte, nach Erledigung des Gegenstandes der Appellation, in der Hauptsache das vorige Gericht forthandeln lassen.

4) Beobachtete der Appellant diese (doch nur für die Appellation des kanonischen Rechts geltende) Vorschriften nicht, so sollte seine Appellation als

*) Petat apostolos quos ei praecipimus exhiberi. In quibus appellationis causas exprimet, et cur appellatio non sit admissa, vel si appellationi forsan ex superioris reverentia sit delatum.

**) Post hoc appellatori secundum locorum distantiam, personarum et locorum qualitatem tempore prosecutionis indulto, si voluerit appellatus et petierit, principales personae vel per procuratores instructos cum mandato ad agendum, et cum rationibus et munimentis adcausam spectantibus, accedant ad sedem apostolicam sic parati, ut si nobis visum fuerit expedire, finito appellationis articulo, vel de partium voluntate omisso, procedatur in negotio principali quantum de jure poterit et debebit.

Digitized by Google

gar nicht vorhanden betrachtet, und er, mit Verurtheilung in die Kosten an den vorigen Richter zurükgewiesen werden *).

5) Dagegen hatte der vorige Richter die Befugniß, seine eigne Beschwerde zu heben, und konnte, wenn dies mit Effekt geschehen war, in der Hauptsache fortfahren; er konnte in dieser Absicht entweder dem Appellanten eine Frist zur Ausführung seiner Beschwerde, welche indessen der Appellant, wegen der durch die Appellation gehemten Jurisdiktion des beschwerenden Richters einzuhalten nicht schuldig war, ansezzen; oder er konnte den Appellanten zur Anhörung eines die Beschwerde hebenden Bescheides sofort vorladen **).

*) Quod si appellator, quae praemissa sunt, non observet, reputabitur non appellans et ad priores judices redibit examen, in expensis legitimis condemnandus. C. 1. de appell. in 6to.

**) Si a judice a quo, propter gravamen, quod tibi proponis illatum, appellas: ad docendum te fore gravatum, et ad audiendam revocationem ejusdem gravaminis (si de ipso docueris) tibi terminus praefigatur, nec coram eo (cum ipse per se id videre habeat) hoc docere, nec tanquam coram judice (cum per appellationem sit suspensa ejus jurisdictio) comparere teneris; nisi ad hoc solum ut revocationem ipsam audias, si eam duxerit faciendam. Alias si non comparueris, et ipse in termino gravamen revocaverit cum effectu, poterit ex tunc libere in causa procedere, ac si appellatio interposita non fuisset. Cap. 10. de appel. in 6to.

Digitized by Google

Als Resultat dieser Bestimmungen ergiebt es sich, daß die Appellation des kanonischen Rechts in folgenden wesentlichen Rükſichten von der Appellation des römischen Rechts abwich.

a) Sie betraf eine ganz andere Gattung richterlicher Handlungen — nicht bedingte oder unbedingte Rechtsdeklarationen in der Hauptsache — sondern die Instruktion oder die Exekution betreffende Verfügungen und Entscheidungen; sie betraf Vertheidigungsmittel des zu deklarirenden oder Vollziehungsmittel des deklarirten Rechts.

b) Sie spielte nie gleich der Appellation des römischen Rechts, die Hauptsache, sondern nur einen Incidentpunkt in die höhere Jurisdiktion, hemte also die Wirksamkeit des vorigen Gerichts nur partiel, und stökte in der Hauptsache die Litispendenz bey demselben nicht.

c) Sie nöthigte den Appellanten, durch die blos für diese Gattung von Appellationen eingeführte Formalitäten, nicht anders als instruirt vor dem höhern Richter zu erscheinen; sie sezte den höhern Richter in den Stand, ohne vorgängige bey der Appellation des römischen Rechts immer nothwendige Akteneinforderung, über den Grund oder Ungrund der Appellation sogleich zu urtheilen —

Digitized by Google

vielleicht der Keim der reichsgerichtlichen Extrajudicialappellation.

d) War bey der Appellation des römischen Rechts, der Appellant nur verbunden, binnen der Frist eines Jahrs, welche vom Oberrichter nach Umständen verdoppelt werden konnte, zu handeln, so war er bey der Appellation des kanonischen Rechts diejenige Frist einzuhalten schuldig, welche der Unterrichter ihm ansezte und ansezzen mußte.

e) Indem das canonische Recht eine durch die Appellationseinwendung erfolgte Hemmung der Jurisdiktion oder was eben so viel heißt, der Wirksamkeit des vorigen Richters annahm, und doch diesem vorigen Richter seine eigne Beschwerde aufzuheben, mithin wirksam zu bleiben verstattete, fiel es in eine der Appellation des römischen Rechts durchaus fremde Inkonsequenz.

f) Indem das canonische Recht gegen alle nur denkbare richterliche Thatäusserungen die Einwendung der Appellation verstattete, ohne zwischen denjenigen welche der Natur der Sache nach Rechtskraft erzeugen konnten, und denjenigen, bey welchen der Natur der Sache nach Rechtskraft nicht einmal denkbar war, zu unterscheiden, wurde in der Theorie des gerichtlichen Verfahrens eine weitere Verwirrung erzeugt, welche die Processe ver-

Digitized by Google

ewigte, und nur durch einen Rükblik auf höhere und allgemeinere Principien aufgeklärt werden konnte.

Das canonische Recht hat hiernach eine tumultuarische Appellationslizenz sanktionirt. Vielleicht war die Beschuldigung, daß dies nur zum Vortheil des römischen Hofs, um den Wirkungskreis der Rota Romana zu erweitern, geschehen sey, nicht grundlos. Die hierüber erhobene Klagen veranlaßten die zu Trient versammelten Kirchenväter die Appellationsbefugniß in engere Gränzen einzuschließen. Sie verstatteten die Einwendung der Appellation nur gegen definitive und solche richterliche Erkenntnisse, deren beschwerende Folgen im Definitivurtheil nicht wieder aufgehoben werden konnten *). Unverkennbar sollte aber diese Verfügung nur für geistliche Gerichte gelten, wie die Eingangsworte des Kapitels zeigen. Es war kein Gedanke daran, dem gemeinen Proceß bey weltlichen Gerichten eine neue Regel vorzuschreiben. Die Mei-

*) Causae omnes, ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentes, — — in prima instantia coram ordinariis locorum duntaxat cognoscantur, — — neque appellationes ab iisdem interpositae per superiores quoscunque recipiantur; eorumve commissio aut inhibitio fiat, *nisi a definitiva vel a definitiva vim habente, et cujus gravamen per appellationem a definitiva reparari nequeat.* Conc. Trid. Sessio 24. Cap. 20. — Sess. 13. C. 1.

Digitized by Google

nung älterer Rechtslehrer, daß alle katolische Gerichte, im Gegensaz protestantischer Tribunäle den angeführten Vorschriften der Tridentinischen Kirchenversammlung unterworfen wären, läßt sich mit nichts rechtfertigen. Dennoch scheint mir die angeführte Stelle nicht als Gesez, sondern als wissenschaftlicher Ausspruch von großem Gewicht. Es ist nemlich wissenschaftlich wahr, daß Appellation ihrem Zwekbegrif nach im Lauf des Processes nur bey denjenigen richterlichen Aussprüchen denkbar ist, welche die Harmonie zwischen wirklichem und förmlichem Recht stören können. Nur Aussprüche dieser Art lassen in der Definitivsentenz unvertilgbare Spuren zurük. Nur sie können rechtskräftig und ihr beschwerender Inhalt kann hiernach nicht anders als durch Appellation gehoben werden. Ich bitte hier den ganzen Inhalt des vorigen Versuchs zu wiederholen. Er ist nichts als ein Commentar zu der angeführten Stelle des tridentinischen Kirchenschlusses. Als gesezliche Bestimmung hat dieser leztere freilich keine Gültigkeit. Allein als wissenschaftliche Erläuterung der verwirrten Ansicht des kanonischen Rechts hat sie einen Werth, welchen man ihr bisher nur darum nicht beygelegt hat, weil man zu keiner klaren Ansicht über die Natur der Appellation gekommen war.

Digitized by Google

Die Reichsgesezgebung nahm keine Notiz von der Meinung der zu Trient versammelten Väter. Die noch vor der im Jahr 1563. erfolgten Erklärung derselben, im Jahr 1555. promulgirte Kammergerichtsordnung betrachtete das canonische Recht als geltend. Sie verstattete die Appellation gegen simple Interlokute, ohne weitern Unterschied. Der Grund der Beschwerde sollte dem Unterrichter in der Appellationsinterposition schriftlich oder mündlich (durch ein Notariatsinstrument) angezeigt, und diese Anzeige beim Oberrichter, ohne einen eigentlichen Appellationslibell blos wiederholt werden *). Der Reichsdeputations-

*) Und so fern von einer Beschwerung oder Beyurtheil, die nicht Kraft einer Endurtheil hätte, appellirt worden wäre, soll der Appellant anstatt der Appellation-Klag sein Instrumentum oder Schedulam appellationis mündlich oder in Schriften repetiren, und darauf mit wenig Worten begehren zu erkennen, daß nichtiglich oder übel geurtheilt und wohl appellirt sey. K. G. O. vom J. 1555. Th. 3. T. 31. §. 10. — Nachdemmal in unserer Kayſ. Cammergerichtsordnung Th. III, 31. §. Und so fern ꝛc. ꝛc. ꝛc. ausdrüklich versehen und statuirt, daß in Sachen, da a simplici interlocutoria appellirt, anderst nicht, als per repetitionem instrumenti, oder schedulas appellationis libellirt werden soll, wie dann die Appellation allein aus demselben und ex actis prioribus justificirt werden muß, und dann hierzu keine Zeit vonnöthen, auch oftermal wenn Zeit hierzu gebeten oder ex adverso zugelassen, daraus sehr weitläuftiges procediren verursacht wird, so soll es diesfalls bey nächst angeregten §. Und so

abschied vom Jahr 1600 fügte die Bestimmung hinzu, daß die Prokuratoren, Appellationen von bloßen Beiurtheilen als solche, rubriciren sollten. Beide Gesezze verordneten sehr konsequent, daß keine Verlängerung zur Rechtfertigung der Appellation zu bewilligen sey, auch daß die Rechtfertigung blos aus den Vorakten, und blos durch Wiederholung der motivirten Appellationsanzeige, sollte aufgestellt werden. Das Recht der weitern Ausführung, (beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi) fiel mithin bey der Appellation des kanonischen Rechts, wie sie von der Reichsgesezgebung weiter regulirt wurde, hinweg.

Dies sind die dürftigen gesezlichen Bestimmungen über die Appellation von Interlokuten. Vergeblich sucht man Bestimmungen über diejenigen Interlokute, welche ihrer Natur nach keine Rechtskraft erzeugen, mithin auch keine Appellation zulassen, und eben darum blos durch Beschwerde gegen den Richter angefochten werden können. Daß hier nur höhere philosophische Ansichten die Theorie vervollständigen und die

fern ꝛc. ꝛc. ꝛc. allerdings ungeändert bleiben. Darneben sollen die Procuratores alle solche, sowohl jezzige als künftige Appellationssachen in specie also zu intituliren, daß es eine Appellation ab interlocutoria sey, schuldig seyn. R. D. A. vom Jahr 1600. §. 113.

Praxis berichtigen können, glaube ich in den beiden vorigen Abhandlungen gezeigt und eben dadurch die gesezliche Wahrheit und den praktischen Werth der darin niedergelegten Resultate gerechtfertigt zu haben.

Digitized by Google

VI.

Ueber die Unzertrennlichkeit des Suspensiveffekts vom Devolutiveffekt der Appellation.

Widersprechende Gesezze heben sich selbst wechselseitig auf. Können sie nicht nebeneinander bestehen, so kann nur dasjenige gelten, welches ohnehin aus einem höhern gesezlichen Grundsaz folgt und darin enthalten ist. — Wenn das Gesez bestimt erklärt, daß beim Kauf Uebergabe ohne Zahlung oder Zahlungsausstand kein Eigenthum übertragen solle, so folgt nothwendig, daß der Käufer, welcher seinen Besitz einer solchen Uebergabe verdankt, weder die Eigenthumsklage anstellen, noch die Wohlthaten des Civilbesitzes — Fruchtgenuß und Usukapion — in Anspruch nehmen könne. Hätte irgend ein Gesez das Gegentheil bestimt, so würde es einen nicht zu realisirenden Widerspruch promulgirt haben. Da nun unmöglich A und das Gegentheil von A zugleich Gesez seyn können, so würde, im Einklang mit der Natur der Sache und der Lehre von Willensäusserungen, nur der Grundsaz, daß die Uebergabe des keine Bezahlung empfangenden und nicht krediti-

Digitized by Google

renden Gläubigers, kein Eigenthum übertrage, als Gesez gelten können. Ein dieser gesezlichen Bestimmung widersprechendes Gesez müßte als ungültig betrachtet werden.

Was von widersprechenden Gesezzen gilt, gilt noch mehr von widersprechenden, in Lehrbüchern niedergelegten und von einem den Nahmen Praxis usurpirenden Schlendrian angewandten Grundsäzzen, einer mißverstandenen Theorie.

Wenn behauptet wird, es gebe Fälle, in welchen zwar der Devolutiveffekt der Appellation eintrete, aber nicht die Suspensivwirkung derselben, so wird ein Widerspruch im Beisaz behauptet, der durch nichts gerettet und der nicht einmal realisirt werden kann.

Durch die Appellation geht die Gerichtsbarkeit in einer Sache an den höhern Richter über.

In der Gerichtsbarkeit ist der Gerichtszwang oder nach der Kunstsprache des römischen Rechts in der Iurisdictio das Imperium enthalten.

Bey fehlender Gerichtsbarkeit zwingt der Richter als Privatperson, und begeht nach der Ansicht des canonischen Rechts ein Spolium.

Nun nent aber der Sprachgebrauch die durch die Appellation hervorgebrachte Uebertragung der Gerichtsbarkeit an einen andern Richter den Devolutiveffekt derselben. In dieser Uebertragung ist auch wesentlich

und nothwendig die Uebertragung des Gerichtszwangs und hierin zugleich die Unterbrechung des Gerichtszwangs des vorigen Gerichts enthalten. Dies ist nichts anders als der Suspensiveffekt der Berufung.

Ist in Hinsicht des Devolutiveffekts der Appellation die Gerichtsbarkeit des vorigen Richters gehemt, so ist es auch sein Vollziehungs-Zwang. Wer kein richterliches Erkenntnißrecht hat, hat auch keine Vollstreckungsbefugnisse. Der Suspensiveffekt der Appellation ist daher nicht blos der nothwendige Begleiter der Devolutivwirkung, sondern er ist genau genommen mit ihr eines und dasselbe. Lassen sich beide Wirkungen nicht einmal im Begriff trennen, so ist dies noch weniger in der Anwendung des Begriffs möglich.

In der That ist nichts widersprechender als eine in eine höhere Instanz devolvirte Gerichtsbarkeit, die doch noch bey der vorigen Instanz wirken, ein durch seinen Vorgesezten ausser Aktivität gesezter Richter, der doch noch aktiv bleiben soll. Es möchte einem Gerichtshof, welcher in den Aposteln in Hinsicht des Devolutiveffekts der Appellation statt gibt, indem er sie in Hinsicht des Suspensiveffekts für unstatthaft erklärt, schwer werden, den Sinn seiner Worte wissenschaftlich und logisch darzustellen. Indem er im ersten Gliede seiner Erklärung sagt, daß seine Gerichtsbarkeit in der

Digitized by Google

gegenwärtigen Sache an einen höhern Richter übergegangen sey, sagt er im zweiten Gliede, daß sie nicht übergegangen sey; indem er im ersten Gliede das Erkennungsrecht einem höhern Richter beilegt, mithin sich selbst nothwendig abspricht, legt er im zweiten den nothwendigen und wesentlichen Ausfluß des Erkennungsrechts, das Recht der Vollziehung des Erkannten sich selbst bey, gerade als wenn das Erkennen dem Vollziehen vorangehn, und als wenn der Richter, welcher zum Erkennen nicht mehr befugt ist, zur Vollziehung befugt seyn könnte.

Gönners sehr scharfsinnige Ansicht, daß in der einer Appellation, vom Unterrichter, versagten Hemmung der Vollziehung eine Provisionalverfügung enthalten sey *), hebt diese Inkonsequenz nicht auf: denn auch Provisionalverfügungen sind Ausflüsse der richterlichen Wirksamkeit. Indem der Richter in den Aposteln die in der gegenwärtigen Sache nunmehr eingetretene Gerichtsbarkeit des höhern Richters, oder die Devolution anerkennt, kann er sich unmöglich die Befugniß beylegen in der nemlichen Sache eine Provisionalverfügung zu erlassen.

Die Verwirrung würde nicht entstanden seyn, wenn die Gesezgebung den Unterschied zwischen Appel-

*) Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes. Dritter Band. Abh. 41. Nr. 9 u. f.

Digitized by Google

lation und simpler Querel mit Schärfe aufgefaßt hätte. Sie würde nicht entstanden seyn, wenn die Bearbeiter des positiven Rechts eine konsequente Ansicht dieses Unterschiedes auf die bestehenden Gesezze angewendet hätten.

Das römische Recht verstattet nicht einmal dem Unterrichter über die Frage zu urtheilen, ob die Bedingungen der Devolution existiren, (an appellatio recipienda sit, nec ne) Glaubt er, daß keine Appellation statt habe, daß mithin keine Devolution existire, so soll er darüber an den höhern Richter berichten, aber dennoch bis zur Entscheidung desselben nicht weiter verfahren *). Dagegen wird der Appellant, wenn der höhere Richter der Meinung des Untergeordneten beitritt, gestraft **).

*) Sciendum est, *cum appellatio non recipitur* praecipi sacris constitutionibus *omnia in eodem statu esse, nec quicquam novari* — — eumque qui appellationem non recipit, opinionem suam confestim per relationem manifestare, et causam pro qua non recipit appellationem, ejusque exemplum litigatori edere debere, Mandatis cavetur. D. XLIX. 5. de appellat. rec. nec non fr. 6. — Appellatione interposita, *licet a judice repudiata sit*, in praejudicium deliberationis *nihil fieri debere*, et in eo statu omnia esse, quo tempore pronunciationis fuerunt, saepissime constitutum est. C. VII. 62. de appell. et consult. cons. 3.

**) — — — Si vero contra haec fiat, neque recipiat appellationem judex: et ipse qui appellavit, pro trans-

Nach römischem Recht fällt hiernach der Devolutiv- und Suspensiveffekt der Appellation zusammen und ist mit ihm eines und dasselbe. Weil der Richter über die Fortdauer seiner Jurisdiktion nicht urtheilen darf, so muß er auch mit der Ausübung derselben bis zu höherer Entscheidung einhalten.

Bey Besitzstreitigkeiten soll zwar, nach einer wie ich glaube unrichtig hieher gezogenen Stelle, eine Ausnahme eintreten. Die bekannte Verordnung C. VII. 69. si de momentanea possessione fuerit appellatum soll den Devolutiv- vom Suspensiveffekt der Appellation trennen.

Die Worte dieser Stelle:

> Cum de possessione et ejus momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortitur effectum. Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.

sind deutlich, aber den Sinn und die Veranlassung derselben findet man nur geleitet durch Geschichte.

Bekantlich wurde nach dem Pandektenrecht der Besitz nicht durch Klagen, sondern durch Interdikte geschützt. Interdikte waren aber keine ordentliche

gressione quinquaginta libras argenti praestet. C. VII. 62. cons. 36. in fine.

Rechtsmittel. Es wurde dabey nicht in jure und in judicio verfahren. Der Prätor gab nicht actio, exceptio u. s. w. welche erst vom judex pedaneus untersucht werden mußten, und worauf sententia und executio folgten, sondern er erließ sogleich Befehle oder Verbote, Interdicta restitutoria, inhibitoria u. s. w.

Im Munde der Parthey war das Interdikt eine Bitte um einen Befehl (nicht um Anerkennung eines Rechts). Im Munde der Obrigkeit war es ein policeymäßiges Gebot oder Verbot, welches für das Recht nichts entschied.

Die Interdikte des römischen Rechts waren daher nichts anders als die Provisionalverfügungen des heutigen Civilprocesses. Sie unterschieden sich von leztern nur dadurch, daß unsere Provisionalverfügungen immer einen Proceß über eine Hauptsache voraussezzen und nur bey Gelegenheit desselben vorkommen; Interdikte dagegen, ohne daß über eine andere Sache gestritten wurde, als erster und lezter Zwek erbeten und erlassen werden konnten, z. B. das Interdictum de vi publica et itinere reficiendo, das Interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat u. s. w. *)

*) In der meisterhaften Abhandlung über das Recht des Besitzes S. 328 hat zwar v. Savigny eine andere Ansicht über die Natur der Interdikte aufgestellt. Er hält sie für judicia ordinaria, und läßt dabey den judex pe-

Digitized by Google

Gegen ein erlassenes Interdikt konnte aber nie appellirt werden. Der Prätor handelte dabey gebietend oder verbietend. Er konnte seine eigne Befehle, mithin auch die von ihm ertheilte Interdikte, zurüknehmen. Und eben darum konnten sie nicht gleich Sentenzen rechtskräftig werden *).

Ein wegen des Besizzes erlassenes Interdikt wurde daher, ungeachtet der vom unterliegenden Theil dagegen beim nemlichen oder beim höheren Richter ge-

daneus wirksam werden. Es wird schwer diese Meinung mit den bloßen Ueberschriften der Titel des 43sten Buchs der Pandekten zu vereinigen. Die Lehre von Interdikten würde weniger Schwierigkeiten gefunden haben, wenn man daran gedacht hätte, daß der Prätor auch die Zwekke der Policey durch Strafbefehle und Verbote schüzte, daß es auch im Lauf des Civilprozesses (judicium privatum) eine Gerichtspolizey geben mußte, und daß im Grunde unsere Provisionalverfügungen mehr um der Policey als um des strengen Rechts willen erlassen werden — darum sind aber doch die Interdikte nicht als vorbereitende Rechtsmittel, etwa im Verhältniß wie eine actio ad exhibendum zu einer rei vindicatio, oder wie unser possessorium summarium zum possessorium ordinarium zu betrachten. Das Interdictum possessionis recuperandae ist von der Eigenthumsklage eben so unabhängig als die actio commodati, ob man gleich durch alle drey Rechtsmittel den Besitz der Sache zu erlangen sucht. Hierüber bin ich mit v. Savigny vollkommen einverstanden.

*) Quod jussit vetuitve Praetor, contrario imperio tollere et repetere licet: de sententiis contra. D. XLII. 1. de re judicata, fr. 14. —

Digitized by Google

machten Vorstellung, nach dem Ermessen des Prätors vollzogen. Diese Vorstellung konnte nicht die Natur einer Appellation annehmen. Sie mußte eben darum, wurde sie beim höhern Richter angebracht, gegen den selbst gerichtet seyn, der das Interdikt erlassen hatte.

Die bey Interdikten eigne Form des Verfahrens kam in der Folge, gleich dem Namen des Rechtsmittels selbst, ausser Gebrauch. Der Unterschied zwischen dem judicium ordinarium und dem was der Prätor extra ordinem vornahm, wurde Antiquität. Aber der Grundsaz, daß Streitigkeiten über den momentanen Besiz, um des Ruhestandes willen, mehr in Hinsicht der Policey als der Justiz schleunig entschieden und daß die Entscheidung sogleich vollzogen werden müßte, — dieser Grundsaz blieb stehen, und so enthielt die Stelle C. VII. 69. cons. 1. nichts neues und nichts positives. In der Sprache des Pandektenrechts würde statt causa dicitur und lata sententia, etwa der Ausdruk, cum interdictum fuerit, gebraucht worden seyn. Im Geist des Pandektenrechts verordneten Valentinian, Theodosius und Arkadius, daß ein Ausspruch über den Besiz, ungeachtet einer dagegen erhobenen Appellation zu vollziehen sey, daß indessen die Regulirung des Besizzes (reformatio possessionis) in Ansehung der streitigen Eigen-

Digitized by Google

thumsfrage (proprietatis causa) keine rechtliche Folgen habe (ut integra servetur.

So erklärt kann ich in der angeführten Stelle keine Trennung des Suspensiveffekts von der Devolutivwirkung der Appellation finden.

Es ist nicht einmal gesagt, daß überhaupt gegen ein Erkenntniß über den momentanen Besiz Appellation statt habe. Da der Inhalt des Kodex ein Ganzes darstellt, so muß C. VII. 69. cons. un. mit C. VII. 52. cons. 36. in Verbindung gesezt werden. Man kann das Erkenntniß über den momentanen Besiz als ein bloßes Interlokut betrachten, gegen welches in der folgenden Instanz ohne Appellation gewirkt, und eine reformatio possessionis erlangt werden kann.

Auch das kanonische Recht trennt nirgends und in keinem Fall den Suspensiv- vom Devolutiveffekt der Appellation. Es hält beide ihrer Natur nach für unzertrennbar vereinigt. So wie sich der Appellant an das höhere Gericht wendet, soll der vorige Richter aus Achtung für die eingetretene Devolution, ohne weiteres und ohne eine Inhibition abzuwarten, zu wirken aufhören *). Freylich muß diese Bestimmung, um nicht ohne Noth die Inkonsequenzen des Canonischen Rechts zu häufen, auf die Appellationen von be-

*) X. 11. 28. de appellationibus cap. 34 u. 52.

dingten und unbedingten Definitivsentenzen eingeschränkt werden. Bey der dem kanonischen Recht eignen Appellation von einfachen Interlokuten und andern richterlichen Verfügungen, soll vor erkannter Inhibition der vorige Richter nicht einhalten; es soll also kein Suspensiveffekt eintreten. Hier existirt aber auch kein Devolutiveffekt. Kann nach der ausdrücklichen Bestimmung des kanonischen Rechts, der vorige Richter, wenn von einer bedingten oder unbedingten Definitivsentenz appellirt wurde, nicht fortfahren, ohne ein Attentat zu begehen, muß das Attentat gleich dem Spolium vor allen weitern Verhandlungen revocirt werden, so verhält es sich doch bey der dem kanonischen Recht eignen Appellation, gerade umgekehrt. Der vorige Richter fährt fort; seine Handlungen sind keine Attentate; sie werden erst, wenn der höhere Richter die Appellation für gerechtfertigt hält, revocirt; früher kann das Wirkungsrecht des vorigen Richters nicht anders als durch höhere Inhibition gehemt werden. Es fehlt also die Devolutiv- und Suspensivwirkung zugleich. *)

Hier entwikkelt es sich deutlich genug, daß die Appellation des kanonischen Rechts in der Ansicht der

*) Der Ausdruck Cap. 10. de appellat. in 6to — cum per appellationem sit suspensa ipsius jurisdictio — muß als eine Inkonsequenz, und weil er nicht dispositiv sondern nur enunciativ dasteht, als nicht geschrieben betrachtet werden.

Digitized by Google

Gesezgebung mit der Appellation des römischen Rechts nur den Namen gemein hat. In der That stellt sie nichts anders als eine Beschwerde gegen den Richter dar. Alle Merkmale der Querel, welche ich vorhin S. 58. entwikkelte, finden sich bey ihr vereinigt.

Die inkonsequente Benennung möchte indessen immerhin dem kanonischen Recht verziehen werden. Ein größerer Fehler ist die inkonsequente Bestimmung, daß bey allen Appellationen gegen Entscheidungen eines Incidentpunktes, der Unterrichter bis zur erfolgten Inhibition fortfahren solle. Hiernach würde der eine Duplikhandlung präkludirende Richter, der eingewandten Appellation ungeachtet, die Urtheilsverkündigung nicht verzögern dürfen.

Das kanonische Recht fiel folglich in den doppelten Fehler, Namen zu verwechseln und Begriffe unter einander zu mischen. Es trente zwar den Suspensiveffekt von der Devolutivwirkung der Appellation nicht. Die Urheber dieser Trennung finden im kanonischen Recht keine Belege zur Rechtfertigung eines wissenschaftlichen Solöcismus. Dagegen legte es der wahren Querel den Namen Appellation bey, und schrieb bey wahren Appellationen diejenige Regeln des Verfahrens vor, welche nur bey der Querel ihrer Natur nach eintreten können.

Digitized by Google

Der Reichsgesezgebung schien diese Inkonsequenz nicht zu entgehn. Nur wählte sie zur Aufhebung derselben einen nicht ganz glüklichen Weg. Der Reichsabschied von 1594 verordnete §. 93 und 94, daß bey Appellationen von bedingten oder unbedingten Endurtheilen immer, sobald nur der Devolutionspunkt im Klaren sey, bey Appellationen von einfachen Beyurtheilen dagegen, nur wenn Gefahr auf dem Verzuge hafte, oder unwiederbringlicher Schaden zu besorgen wäre, oberrichterliche Inhibition erkannt werden sollte *). Eine schwankende Regel und ein in der Sprache der Gesezgebung nicht zu duldender Pleonas-

*) Die inhibitiones in Appellationssachen belangend, demnach auch deswegen so beständige Richtigkeit bishero nicht gewesen, wie und wenn dieselbige erkannt werden sollen: Setzen und ordnen wir, wenn von einem Endurtheil oder vim definitivae habente appellirt worden, es habe gleich der Richter à quo der Appellation deferirt oder nicht, daß indistincte die vom Appellanten gebetene Inhibition erkannt werden soll, ausserhalb der folgenden Fälle, nemlich in possessorio retinendae, da der Appellant in Besiz ist. Item wenn man der Jurisdiktion halber noch in Zweifel steht, oder da jure communi die Appellation verboten. — Wenn aber vom gemeinen Interlocutori, so doch appellabilis ist, appellirt wird, soll alsdenn nach Inhalt gemeinem beschriebenem Recht nicht inhibirt werden, es sey denn evidens periculum in mora, oder daß daraus damnum irreparabile erfolgen müste, welches doch zuvor bescheinet werden soll. — R. A. v. 1594. §. 93 und 94.

mus. Fälle bey welchen Gefahr auf dem Verzuge haftet, sind mit Fällen, bey welchen unwiederbringlicher Schaden zu besorgen ist, einerley. Nicht nach der Natur und dem Zwek des gerichtlichen Verfahrens, nicht nach dem Unterschied, ob gegen einen zu vollziehenden Ausspruch, oder gegen den vollziehenden Befehl selbst, höhere richterliche Hülfe angerufen wurde, sollte der Fall, wo die Inhibition sich von selbst verstehe, von dem Fall, wo sie erst ausdrücklich erlassen werden mußte, getrennt bleiben. Auch die Reichsgesezgebung nahm hier noch die Gränzlinie zwischen Appellation und Querel nicht wahr. Aber so inkonsequent war sie doch nicht, den Suspensiveffekt vom Devolutiveffekt der Appellation in irgend einem Fall bestimt und ausdrüklich zu trennen.

Ich eile nun zu den praktischen Resultaten. Sie entwikkeln sich aus dem bisher Gesagten und bedürfen keiner weitern Begründung.

1. Eine vom Unterrichter zu verfügende Trennung des Suspensiveffekts vom Devolutiveffekt der Appellation ist dem Begriff des Instituts nach nicht denkbar, und in der Gesezgebung nicht gegründet.

2. Für den Unterrichter hängt die Frage, ob er nach angezeigter Appellation einzuhalten habe, lediglich von der Frage ab, ob die Verfügungen, gegen welche beim höhern Richter gewirkt werden soll, den

Digitized by Google

Weg zur Appellation oder zur Querel öfnen. Diese Frage ist nach den in der dritten Abhandlung entwikkelten Grundsäzzen über den Unterschied zwischen Appellation und Querel zu beantworten. Die Beantwortung hängt nicht von der Benennung ab, welche der Appellant oder Querulant seiner Anzeige beim Unterrichter beigelegt hat. Die Wahrnehmung der Fatalien kann die Querel in keine Appellation und die Nichtwahrnehmung derselben die Appellation in keine Querel verwandeln.

3. Legen schon das kanonische Recht und mehrere Reichsgesezze den Beschwerden gegen einfache Interlokute ohne weitern Unterschied den Namen Appellation bey, so findet doch gegen jene Interlokute, nach der Natur der Sache bald die bloße Appellation, bald eine bloße Querel statt, dort mit Devolutiv- und Suspensiveffekt zugleich, hier weder mit dem einen noch mit dem andern.

4. Der Unterrichter ist nie befugt die Devolution anzuerkennen und den Suspensiveffekt zu versagen, wohl aber eine anmaßliche Appellation als Querel zu behandeln, und hiernach wegen nicht eintretender Devolution oder wegen nicht unterbrochener Gerichtsbarkeit fortzufahren und der fortdauernden Gerichtsbarkeit wegen den damit verknüpften Gerichtszwang geltend zu machen.

Digitized by Google

5. Der Oberrichter dagegen kann bey der wahren Querel die Vollziehung der vorigen Verfügung vorläufig bis zu näherer Untersuchung suspendiren, und bey der wahren Appellation, diese nämliche Vollziehung wieder vorläufig, und bis zu näherer Untersuchung, verfügen. Im leztern Fall erläßt er nichts anders als einen Relevanzbescheid mit Versagung des Suspensiveffekts. Er erkennt den sogenannten processum appellationis minus plenum. Er erläßt eine Provisionalverfügung, welche der vorige Richter wegen mangelnder Gerichtsbarkeit oder eingetretener Devolution zu erlassen nicht berechtigt war.

6. Die vom Oberrichter bey der wahren Querel vorläufig erlassene Inhibition ist ebenfalls nichts anders als eine Provisionalverfügung. Sie unterscheidet sich von der Cassation, oder von der peremtorischen Aufhebung der Verfügung des vorigen Richters. Dort wird über den Gegenstand der Querel beim Oberrichter weiter gehandelt, hier ist sie erledigt. Dort steht die Gerichtsbarkeit des vorigen Richters auf höhern Befehl (nicht wie bey der wahren Appellation auf bloße Partheienanzeige) auf einige Zeit still; hier wirkt sie ununterbrochen fort. Es ist eine scheinbar paradoxe, aber darum nicht weniger wahre Behauptung, daß die oberrichterliche Provisionalverfügung sich bald in den Befehl einkleidet, daß nichts,

Digitized by Google

bald in den Befehl, daß etwas geschehen soll. Diese Paradoxie löst sich von selbst auf, wenn man bedenkt, daß die oberrichterliche Inhibition, wie sie bey der Querel statt hat, einen provisionellen Befehl an den Unterrichter, der versagte Suspensiveffekt bey der wahren Appellation dagegen, einen provisionellen Befehl an die Parthey enthalte.

Ich kann diese Abhandlung nicht schliessen, ohne die Ansicht des Mannes zu prüfen, dessen philosophischem Geist die Schwierigkeiten der gemeinen Meinung, über die Möglichkeit einer Trennung des Suspensiveffekts der Appellation von der Devolutivwirkung derselben nicht entgangen sind, und der es doch nicht gewagt hat, dieser Meinung und dem durch sie erzeugten Gerichtsmißbrauch den Stab zu brechen.

Gönner mißkent keineswegs, daß die Devolution die Gerichtsbarkeit und damit auch die Wirkungsbefugnisse des vorigen Richters unterbreche *). Er räumt daher vollkommen ein, daß es eigentlich nur dem Oberrichter zukommen sollte, der Appellation den Suspensiveffekt bis zum Ausgang des Processes zu entziehen. Da indessen die auf dem Verzuge haftende Gefahr, welche eine solche oberrichterliche Verfügung

*) Gönners Handbuch des gemeinen Processes Band III. Abhandl. XLI. Vom Bescheide des Unterrichters auf eine bey demselben eingelegte Appellation §. 9 u. f.

Digitized by Google

rechtfertigt, schon bey der Anzeige der Appellation, und bey der Ertheilung der Apostel vorhanden seyn, und da ein langer Zwischenraum (bey den meisten Landesgerichten von zwey, bey den Reichsgerichten von vier Monaten) die Interposition von der Einführung der Appellation trennen kann, so — meint Gönner — müsse es schon für den Unterrichter Pflicht seyn, diese Gefahr abzuwenden; dies geschehe indem der Unterrichter der Appellation den Suspensiveffekt entziehe; da indessen hierdurch der oberrichterlichen Gerichtsbarkeit nicht könne vorgegriffen werden, so sey jene Entziehung nur provisorisch; sie daure auch nicht, wie eine gleiche oberrichterliche Entziehung bis zum Ende des Processes, sondern nur, bis der Oberrichter den Suspensiveffekt der Appellation wieder herstellt, fort; dem Appellanten bleibe es unbenommen, ohne daß es darum von seiner Seite einer neuen Appellation bedürfe, dem Oberrichter die Gründe vorzulegen, nach welchem die provisionelle Vollziehung des untergerichtlichen Erkenntnisses, der Lage der Sache nicht angemessen sey.

Dies ist im wesentlichen die Ansicht des Mannes; dem höchst selten eine Inkonsequenz nachgewiesen werden kann.

Ich erlaube mir vor allen Dingen die Bemerkung, daß ein bloßer Klugheitsgrund nie die Natur eines

Digitized by Google

Rechtsgrundes annehmen könne. Durch die wahre Appellation und durch die bloße Anzeige derselben ist die Gerichtsbarkeit des vorigen Richters suspendirt. Die Erlassung einer Provisionalverfügung ist aber nichts anders als die Emanation einer vorhandenen und wirksamen Gerichtsbarkeit. Eine suspendirte Gerichtsbarkeit kann nicht wirksam seyn. Hiermit fällt die rechtliche Möglichkeit der Vollziehung eines Erkenntnisses, von welchem appellirt worden ist, durch den erkennenden Richter, in sich selbst zusammen. Ein Mittel, welches die auf dem Verzuge haftende Gefahr abwendet, muß ein rechtliches in der Jurisdiktionshierarchie gegründetes Mittel seyn. Ein Mittel, durch welches ein inkompetent gewordener Richter in Thätigkeit gesezt wird, würde auch dann diesen Namen nicht verdienen, wenn es das einzige wäre, durch welches der verlangte Zwek erreicht werden könnte. Allein auch dies ist nicht der Fall. Es gibt noch ein anderer Weg, auf welchem ohne die Gränzlinie zwischen dem Wirkungskreise untergeordneter und vorgesezter Gerichte zu verwirren, dem gefährlich zögernden Appellanten, durch die Beschleunigung eines oberrichterlichen Provisoriums, die Erreichung seiner Absicht vereitelt werden kann. Der Appellat kann sich gleich nach eingelegter Appellation an den Oberrichter wenden, und die Gefahr nebst den Rechtsgründen, nach

welchen ihr durch ein Provisorium abgeholfen werden kann, vorstellen. Der Oberrichter kann zu diesem Zwek die Akten einfordern, und nach vorgängiger Information über die Lage der Sachen das Provisorium erlassen. Dieses Abwendungsmittel der Gefahr ist bey unsern Gerichten nicht gewöhnlich. So lange der Gerichtsgebrauch dem Unterrichter die inkonsequente Befugniß einräumte, der Appellation den Suspensiveffekt zu entziehen, konnte er nicht auf dieses Mittel geleitet werden. Es ist eben darum nicht weniger rechtlich. Man wende nicht dagegen ein, der Oberrichter habe vor der Einführung der Appellation keine Gerichtsbarkeit in der Sache; die Sache sey noch nicht an ihn devolvirt, und darum dürfe er den Appellaten noch nicht hören. Die höhere Gerichtsbarkeit, in welche der Appellant die Sache, durch die bloße Appellationsanzeige hinein versezte, wird allerdings erst mit der Einführung der Appellation durch ihn wirksam. Aber vorhanden ist sie mit der bloßen Anzeige der Berufung. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde das Absurdum folgen, daß vom Augenblik der Appellationsanzeige beim Unterrichter, bis zum Augenblik der Einführung derselben beim Oberrichter in Hinsicht der Rechtssache, in welcher appellirt worden ist, gar keine Gerichtsbarkeit existire, mithin ein Zustand von Rechtlosigkeit eintrete. Dies wird wohl

Digitized by Google

niemand behaupten wollen. Irgend ein Gericht muß rechtlich helfen können. Kann es der Unterrichter wegen der durch die Appellationsanzeige erfolgten Jurisdiktionshemmung nicht, so muß nothwendig der Oberrichter dazu befugt seyn. Man wird zwar weiter einwenden, daß der Unterrichter nicht einmal über die Bedingungen der Devolution oder über die Frage urtheilen dürfe, ob seine Jurisdiktion wirklich gehemt sey, daß nur dem Oberrichter eine Erkenntniß darüber zustehe, daß dies Erkenntniß erst dann erfolgen könne, wenn der Appellant mit der Appellationseinführung, die Merkmale der vorhandenen Devolution dem Oberrichter vorlege, und daß der Oberrichter, ehe er sich als kompetent konstituirt habe, auch eine Provisionalverfügung zu erlassen, sich nicht für befugt erklären könne. Ich antworte hierauf: mit der Appellationsanzeige ist bey problematischer Devolution auch die Frage: ob die Gerichtsbarkeit devolvirt sey? — an den höhern Richter übergegangen. Das Gesez verbindet den Appellanten, binnen der Introduktionsfrist diese Frage dem Oberrichter zur Entscheidung vorzulegen. Allein kein Gesetz verbietet dem Appellaten, diese nemliche Frage, noch vor dem Ablauf der Introduktionsfrist, zur Kenntniß des Oberrichters zu bringen. Er thut dies, indem er den Oberrichter um eine Provisionalverfügung bittet.

Digitized by Google

Ueberzeugt sich nun der Oberrichter aus den eingeforderten Akten, daß die Frage zu verneinen sey, so erläßt er die gebetene Provisionalverfügung nicht, sondern weist den Appellaten, wegen nicht eingetretener Devolution, oder wegen erkannter Inkompetenz in der Hauptsache, geradezu an den Unterrichter zurük. — Damit büßt aber — wird man vielleicht einwenden — der Appellant sein jus quaesitum auf die gesezliche Introduktionsfrist ein. Ich kenne kein solches jus quaesitum. Die Introduktionsfrist ist eingeführt, damit der Appellant Zeit hat, den Oberrichter zu erreichen und zu informiren. Wenn nun der Appellat wegen der nemlichen Sache, den Oberrichter früher erreicht und informirt, wenn sich der Oberrichter aus den Aktenein sicht früher von der Nichteristenz der Devolution überzeugt und dieser Ueberzeugung gemäß handelt, so kann der Appellant über kein verleztes jus quaesitum klagen. Denn die vom Gesez ihm zugedachte Wohlthat — Möglichkeit der Erreichung und Information des Oberrichters ist ihm schon wirklich — obgleich durch die Hand seines Gegners, des Appellaten zu Theil geworden.

Wollte man dem Oberrichter die Befugniß absprechen vor dem Ablauf der Introduktionsfrist ein Provisorium zu erlassen, oder — wenn er wegen mangelnder Devolution sich hierzu für incompetent halten

sollte, — die Sache an den vorigen Richter zurükzuverweisen, so sehe ich nicht ein mit welcher Consequenz man den nemlichen Oberrichter für kompetent halten kann, über ein während dem Lauf der Introduktionsfrist begangenes Attentat zu erkennen. Glaubt man, er sey wegen einer noch nicht wirksam an ihn devolvirten Gerichtsbarkeit, noch nicht zur provisorischen Abänderung des Zustandes des streitigen Objekts berechtigt, so müßte er aus dem nemlichen Grunde auch nicht zur Erhaltung desselben berechtigt seyn. Die noch von keinem Theoretiker bezweifelte Befugniß zur leztern, fließt aus der nämlichen Quelle, aus welcher ich die Befugniß zur erstern abgeleitet habe.

Dies wäre der einfache theoretische, obgleich der bisherigen Praxis unbekannt gebliebene Ausweg aus dem Dilemma. Im Gefühle des innern Widerspruchs, welchen der Unterrichter durch die Ertheilung von Apostelen welche den Suspensiveffekt versagen, darstellt, schlägt Gönner einen andern Ausweg vor. Wenn mich nicht alles täuscht, so schürzt er den schwierigen Knoten, welcher gelößt werden sollte, nur noch fester. Man erlaube mir den Vorschlag des verdienten Verfassers mit seinen eignen Worten hinzusezzen. Nachdem er die Inkonsequenz der bey überhaupt unterbrochener untergerichtlicher Jurisdiktion, dennoch Kraft

dieser nemlichen Jurisdiktion verfügten Vollziehung des untergerichtlichen Erkenntnisses sehr richtig ausgeführt hat, fährt er so fort: „Die Beschwerde wird „noch merklich dadurch vergrößert, daß der Unter„richter zur Versagung des Suspensiveffekts durch ei„nen Antrag des Appellaten nicht veranlaßt wird, „sondern dabey von Amtswegen handelt, woher es „denn komt, daß der Appellant meistens den Unter„richter zur Parthey macht, sich über dessen Härte „oder Partheilichkeit beschwert, und Attentatenan„zeigen, Kostenaufwand, Vermehrung der Verhand„lungen hieraus entstehen."

„Ich bekenne offenherzig, daß mir das Verfahren „nach eingelegter Appellation sehr unvollständig zu „seyn scheint. Ich würde 1) nach derselben fordern, „daß der Unterrichter dem Appellaten eine legale Nach„richt von der eingelegten Appellation gebe. Hier„durch wird derselbe 2) in den Stand gesezt, seine „Rechte über Zulässigkeit der Appellation überhaupt „und insbesondere ihre Wirkungen zu verwahren. „Wollte nun der Appellat keine Suspensivkraft der „Appellation zugestehen, so müßte er innerhalb 14 „Tagen zerstörlicher Frist eine besondere Schrift über„geben, worin er die auf dem Verzuge haftende Ge„fahr hinreichend darlegte und bey zweifelhaften fak„tischen Gründen diese Gefahr hinreichend bescheinigte,

Digitized by Google

„um hierdurch den Antrag, daß der Appellation un„geachtet, das Urtheil vollstrekt werde, zu begründen. „Würde 4) der Appellat innerhalb dieser 14 Tage „den Antrag nicht machen, so müßte sein Stillschwei„gen für einen Verzicht ausgelegt, und nur aus Ver„änderung der Umstände nach diesem Termin, somit „aus erst nachher entstandener Gefahr, dieser Antrag „noch zugelassen werden. 5) Ohne eine Verhandlung „unter den Partheien über diesen Punkt zu erlauben, „sollte nun der Unterrichter über die Suspensivkraft „provisorisch erkennen; hiebei jedoch 6) den Antrag „des Gegners dem Appellanten mittheilen, damit „dieser dagegen 7) bey dem Oberrichter seine Rechts„zuständigkeit ausführen könne; wie es sich denn 8) „von selbst versteht, daß die Verwilligung oder Ver„sagung des appellatischen Antrags nur eine proviso„rische, durch den Oberrichter, auch ohne neue Appel„lationseinlegung, bey Erkennung der Appellations„processe immer abänderliche Verfügung wäre *).

Damit wäre dem Mißstand einer ungebetenen Exekutionsverfügung und dem Uebel einer vom Appellaten mißbrauchten Introduktionsfrist abgeholfen; allein die Konsequenz der Theorie wäre doch nicht gerettet. Dem Appellaten soll es freigestellt seyn gegen

*) Gönner a. a. O. §. 9.

Digitized by Google

den Suspensiveffekt der Appellation beim Unterrichter Vorstellungen zu machen. Der Unterrichter soll den Appellaten zu diesen Vorstellungen auffordern; erst auf den Antrag des leztern, nicht von Amtswegen soll er zur Vollziehung des Urtheils vorschreiten. — Aber wenn der Unterrichter überhaupt durch die Appellationsanzeige provisorisch aufgehört hat Richter zu seyn, so ist er auch provisorich in Ansehung der Vollziehung nicht mehr Richter. Er kann den Appellaten nicht stillschweigend oder ausdrücklich zu Anträgen über eine Frage auffordern, welche er zu entscheiden nicht befugt ist. Der Appellat kann durch diese nemliche Anträge die richterliche Inkompetenz nicht aufheben. Und da der Verfasser — wie ich glaube vollkommen mit Recht — erst auf Antrag des Appellaten die provisorische Vollziehung eines durch die Appellation problematisch gewordenen Erkenntnisses für rechtlich und zuläßig hält, so sehe ich nicht ein, warum nicht der Appellat mit dem nemlichen Antrage, an die kompetente Stelle — an den Oberrichter verwiesen werden sollte. Der Zwek, auf dem Verzug haftende Gefahren abzuwenden, wird hier eben so schnell, und ohne Störung des Instanzenverhältnisses erreicht.

Der Gerichtsgebrauch kennt noch einen andern Weg, auf welchem, ohne daß der Unterrichter der

Appellation den Suspensiveffekt versagt, der Mißbrauch einer zur bloßen Verzögerung interponirten Appellation verhütet werden soll. Er verstattet dem Unterrichter, die gesezliche Introduktionsfrist, wegen vermeinter Frivolität der Appellation, oder wegen der auf dem Verzuge haftenden Gefahr abzukürzen. Mehrere Territorialgesezgebungen verstatten dem Unterrichter diese Abkürzung ausdrüklich. Das kanonische Recht macht es ihm sogar, bey der demselben eignen Appellation zur Pflicht, die Einführungsfrist zu bestimmen.

Nach meiner Einsicht ist aber auch diese Einrichtung im gemeinen Recht nicht gegründet und kann nur durch Partikulargesezgebungen sanktionirt werden. Indem der Unterrichter wegen vermeinter Frivolität der Appellation die Introduktionsfrist abkürzt, maßt er sich eine Erkenntniß über eine Frage an, über welche ihm keine Erkenntniß zukömmt. Er drükt durch richterliche Handlungen eine Ueberzeugung aus, in deren Hinsicht er nichts zu verfügen hat.

Uebrigens wird es kaum einer Ausführung bedürfen, daß wenn auch die Theorie nicht so entscheidend und unzertrennlich den Suspensiv- und den Devolutiveffekt der Appellation mit einander verschwisterte, doch schon die gesezgebende Klugheit eine solche Verschwisterung anrathen müßte. Es wird fast kein Fall geben, in welchem die Versagung des Suspensiveffekts

nicht eigne Beschwerden des Appellanten, Attentatenanzeigen, Querelen gegen den Richter, hervorbrächte. Der in Ansehung der Hauptsache schon eingenommene Richter kann auch psychologisch, wenn es auf die Beurtheilung der Wirkungen der Appellation ankömmt, nicht für unbefangen gehalten werden. Der Appellant kann kein Zutrauen in ihn sezzen. Er ist leichter zum Widerstand gegen den Vollziehungszwang geneigt, da er beim Oberrichter eine abändernde Verfügung zu erwirken hoffen darf; es ist auch sehr bedenklich dem Unterrichter einen Vollziehungszwang zu verstatten, der unter dem Vorwand, mit der Nichtvollziehung verknüpfte Gefahren abzuwenden, größere Gefahren und unwiederbringlichen Schaden zur Folge haben kann. Man denke sich einen Fall wie den vor einigen Jahren beim Reichskammergericht anhängigen, in Sachen des Handlungshauses de Chapeauroupe in Hamburg gegen den Königlich Spanischen Direktor des Amortisationsfonds Martinoz, wo Hunderttausende wegen versagtem Suspensiveffekt der Appellation von dem in der untern Instanz unterliegenden Theil zu verlieren, und war einmal bezahlt in der höhern Instanz nicht leicht wieder zu erhalten waren. Alle diese Bedenklichkeiten fallen beim Oberrichter ganz oder zum Theil hinweg.

Digitized by Google

VII.

Ueber das Recht des neuen Vorbringens in der Appellationsinstanz, oder über die Zulässigkeit der Appellation gegen Urtheile, welche nach den Vorakten keine Beschwerde enthalten.

Ist das Vorbringen neuer Thatumstände, neuer oder besserer Beweise in der höhern Instanz zu lästig? Welches sind die Gränzen des sogenannten beneficii nondum probata probandi? *)

Geht man über positive gesezliche Bestimmungen hinaus, erklärt man sie nicht historisch nach ihrer Quelle und Veranlassung, hält man sich einzig und

*) Ich übergehe absichtlich das Recht der neuen Ausführung (beneficium nondum deducta deducendi). Es ist kein eignes Recht und seiner Natur nach keiner vielseitigen Ansicht fähig. Daß die streitenden Theile aus den vorigen Akten neue Resultate ziehen, daß sie nach der Aktenlage neue Ansichten über die Frage von Recht und Unrecht ausgeben, kann um so viel weniger proceßordnungswidrig genannt werden, da der Richter von Amtswegen, wenn sich ihm solche neue Ansichten als Wahrheit aufdringen, darnach entscheiden muß.

Digitized by Google

allein an die Natur der Sache, und an die allgemeinen Grundsäzze des gerichtlichen Verfahrens, so erscheint zwar jene Frage als ein Gegenstand vielseitiger Beurtheilung; allein, der nach wissenschaftlicher Einheit und Konsequenz strebende Rechtsphilosoph, wird sich bald, ohne Mittelweg und Einschränkung, nur für eine der streitenden Ansichten erklären; er wird in der entgegengesezten Meinung einen Widerspruch mit der Wissenschaft, in der conciliirenden dagegen, einen innern, oder einen Widerspruch mit sich selbst, wahrnehmen.

Man kann einmal nach allgemeinen Grundsäzzen antworten: jede Appellation sezt im Munde des Appellanten einen angeblichen Fehler des vorigen Urtheils, einen angeblichen Irrthum des Urhebers desselben voraus; nur durch eine solche Behauptung bahnt sich der Appellant den Weg zum höhern Richter. Wenn er nicht davon ausgehen, wenn er gar das Gegentheil derselben zugeben wollte, so würde ihm selbst der Vorwand, unter welchem er Gehör verlangt, fehlen; er würde die Jurisdiktion des höhern Tribunals nicht begründen können; er würde vor der Schwelle desselben verstummen müssen. Woher anders als aus den Acten der vorigen Instanz kann daher die Appellation begründet, durch welche andere Urkunden als durch diese Akten kann sie gerechtfertigt wer-

Digitized by Google

den? das Recht des neuen Vorbringens, des neuen oder bessern Beweises in der höhern Instanz, erscheint hiernach als ein Auswuchs im System, als ein Misgriff der Praxis oder eine Inkonsequenz der Gesezgebung. Denn entweder hat — ganz unabhängig von diesem neuen Vorbringen — der vorige Richter unrichtig erkannt, und hätte nach den bloßen Vorakten, so wie es der Appellant verlangt, erkennen müssen; dann wäre es Verschwendung von Zeit und Mühe den Appellanten mit dem neu vorgebrachten anzuhören; man würde gegen das auch für das proceßualische Verfahren geltende Gesez der Sparsamkeit fehlen, wenn man zur Erreichung eines Zwecks, der mit wenigerm Kraftaufwand vollkommen erreicht werden kann, eine größere Kraftverschwendung unnüz verstatten wollte; oder erst das neue Vorbringen stellt das vorige Erkenntniß als beschwerend dar; dann hat der vorige Richter nicht gravirt; dem höhern ist zu einem reformatorischen Erkenntniß kein Weg gebahnt, da nur Misgriffe des vorigen Richters ein Gegenstand der Wirksamkeit seiner Jurisdiktion seyn können; der nichtgravirte Appellant mag sein Heil im Wege der Restitution wegen neuentdekter Thatumstände suchen; das Rechtsmittel der Berufung dagegen war nur für den wirklich Gravirten eingeführt.

Digitized by Google

Dies ist eine Beantwortungsart der in der Mitte liegenden Frage. Es fehlt ihr nicht an innerer Konsequenz. Sie scheint sogar ihre Rechtfertigung in den höhern Principien des proceßualischen Verfahrens zu finden. Es gibt indessen noch eine andere Antwort. Sie ist der vorigen geradezu entgegengesezt; sie ist dem Geist, wenn schon nicht den Worten nach in den Aussprüchen der älteren deutschen Schule enthalten. *)

Die Darstellung des würklichen im förmlichen Recht ist der höchste Zweck des proceßualischen Verfahrens; die Reinigung des Urtheils von verschuldeten oder unverschuldeten unterrichterlichen Irrthümern ist der einzige Gegenstand der Procedur vor mehreren Instanzen. Es kömmt auf Wahrheit und Recht, nicht auf Meinung, nicht auf die Ehrenrettung des Ausspruchs des vorigen Richters an. Es ist daher zur Rechtfertigung der Appellation hinreichend, wenn das Urtheil desselben der Sache nach eine Beschwerde enthält. Die Jurisdiktion des höhern Richters wird durch die Existenz einer Beschwerde überhaupt begründet; ob sie aus alten oder neuern Urkunden, aus Vor- oder Nachakten hervorgehe, das ist für den Zweck der Justizpflege, welche nur die Anerkennung des Rechts, des wirklich Berechtigten verlangt, ganz

*) Mevius, Stryk, Brunnemann u. a.

Digitized by Google

gleichgültig. Die Appellation soll eine das Unrecht zu Recht heiligende Rechtskraft verhindern. Schließt man neues Vorbringen in der höhern Instanz aus, so wird in hundert Fällen das Wesen der Appellation untergraben, und Unrecht zu Recht, der fehlenden Rechtskraft ungeachtet gestempelt. Mit welcher Stirne könnte der höhere Richter, wenn schon der Berechtigte alle Merkmale seines Rechts ihm vorgelegt hätte, und wenn schon keine Rechtskraft ihm die Hände bände, sein Auge der Wahrheit verschliessen, und ein nach der jezzigen Lage der Sache ungerechtes Urtheil bestätigen? — Mögte man immerhin einwenden, dem Berechtigten bleibe ja der Weg der Restitution unverschlossen. Die Restitution hat keinen Suspensiveffekt. Sie ist Schwierigkeiten unterworfen, welche mit der Appellation nicht verknüpft sind. Es ist gegen das Gesez der Sparsamkeit, erst ein ungerechtes Urtheil zu bestätigen, oder es wohl gar zu vollziehen, um es nachher wieder aufzuheben, oder im umgekehrten Sinn zu exequiren.

Auch diese Antwort ist wissenschaftlich und konsequent. Die ehrwürdige Menschenvernunft, ein kunstloses Gefühl für Billigkeit und Wahrheit steht ihr zur Seite. Sie enthält keinen Verstoß gegen höhere Principien. Indem sie von dem Grundsaz ausgeht, daß nur eine wirkliche und erwiesene Beschwerde, die

Digitized by Google

Gerichtsbarkeit des höhern Richters fundire, gibt sie sogar mehr zu, als — wie ich nachher zeigen werde — aus der Theorie mit strenger Konsequenz folgt. Denn in welchem Licht würde — wenn es mit jenem Grundsaz seine volle Richtigkeit hätte — das ganze Verfahren der höhern Instanz, alle von derselben erlassene Verfügungen, in allen den Fällen erscheinen, in welchem das vorige Urtheil, nach geschlossener Verhandlung, pur bestätigt würde.

Die beyden hier entwikkelten Antworten stehen bey aller inneren Konsequenz gegen einander im schneidenden Kontrast. Keine derselben wird von der jezt herrschenden Meinung für die richtige erklärt. Grolman und Gönner betreten — beyde unter verschiedenen Modifikationen — einen Mittelweg. Sie verlangen zur Begründung jeder Appellation eine vom vorigen Richter, nach der Lage der vor ihm verhandelten Akten, zugefügte Beschwerde. Sie verstatten nur zur Unterstüzzung derselben neues Vorbringen. Sie räumen dem höhern Richter in allen den Fällen keine Gerichtsbarkeit ein, in welchen die Zweckmäßigkeit des untergerichtlichen Urtheils aus den untergerichtlichen Akten hervorgeht. Auf bloße Nova sagen sie, kann keine Appellation erkannt, sondern nur Restitution erwirkt werden. Wenn aber die Beschwerde schon durch die Vorakten beurkundet wird,

Digitized by Google

dann darf der Appellant Nova zur noch bessern Beurkundung derselben zu Hülfe rufen. So entscheidet die Natur der Sache; so bestimmt es das durch die neueste Reichsgesezgebung in seinen wesentlichsten Bestimmungen unverändert gebliebene römische und kanonische Recht. *)

Ob beydes leztere richtig sey, das sey mir nachher zu prüfen erlaubt. Jezt will ich nur zeigen, daß diese conciliatorische Meinungen — das gewöhnliche Schicksal vermittelnder Versuche — dem Vorwurf eines innern Widerspruchs schwerlich entgehen kann, ein Vorwurf, welcher die Uebereinstimmung derselben mit höhern Principien und anwendbaren Gesezzen, wenigstens sehr verdächtig macht.

Es ist nemlich für sich klar, daß wenn einmal die Beschwerde aus den bloßen Voraften gerechtfertigt worden ist, sie keiner weitern Unterstüzzung durch Nova bedürfe. Es ist ferner klar, daß wenn ohne diese Unterstüzzung der Appellant oder Appellat seine Intention nicht zu erreichen vermöchte, der Fall einer aus den bloßen Voraften zu rechtfertigenden Beschwerde unmöglich vorhanden seyn kann. Mit andern Worten: es gibt kein halbes, kein schwan-

*) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. Zweyte Auflage §. 214. Gönners Handbuch des gemeinen deutschen Processes. Abh. XXXIX. §. 16.

kendes, erst durch neues Vorbringen zur völligen Konsistenz kommendes Gravamen. Der Appellant ist entweder wirklich oder er ist gar nicht gravirt. — Hiermit vereingt sich noch folgende Betrachtung. Mehr als in der Klage und in den Einreden enthalten ist, kann durch alle Instanzen hindurch nicht zur Sprache kommen. Die Identität des Streits kann durch die Devolution desselben an den höhern Richter nicht gestört werden. Bis zur Behauptung des Gegentheils sind nie die Vertheidiger des Rechts des neuen Vorbringens gegangen. Bleiben aber Klagen und Einreden die nemlichen, können Nova nur zur Begründung oder zum Beweise derselben gebraucht werden, so sehe ich in der That nicht ein, welchen Nuzen ein Novum zur Unterstüzzung einer schon für sich bestehenden Appellation gewähren mag. Wenn der Richter den Kläger nicht zum Beweise relevanter Thatsachen zugelassen hat, auf welche er seine Klage gründete, so ist der Appellant beschwert, und bedarf zur Unterstüzzung des Beweises dieser Beschwerde durchaus nicht des Vorbringens weiterer relevanter Thatumstände, welche die Klage noch weiter begründen würden. Wenn ferner der Richter durch eine relevante Zeugenaussage den intendirten Beweis nicht für erbracht erkannt hat, so hat der Appellant ein reformatorisches Erkenntniß zu erwarten,

Digitized by Google

ohne daß zur Erreichung dieses Zwecks, die Denomination und Abhörung neuer Beweiszeugen, über Artikel, welche auf das nemliche Beweisthema gerichtet sind, ihm den mindesten Nuzzen gewähren kann. Jene conciliatorische Meinung bietet daher den Partheyen im Appellationsverfahren entweder eine kraftlose Stüzze dar, oder, soll diese Stüzze kein Schatten ohne Körper bleiben, so muß sie mehr leisten, als sie soll, und der Beschwerde, bey mangelnder Begründung aus den Vorakten, erst durch das neue Vorbringen, Gehalt und Wirklichkeit geben.

Nachdem ich bis jezt nur fremde Meinungen dargestellt und geprüft habe, gehe ich zur Entwiklung meiner eignen Ansicht über. Sie ist geschöpft aus dem Geist der höhern Theorie, an welchen sich diesmal, wie ich glaube, der Geist und Buchstabe der positiven Gesezgebung, sehr streng anschließt.

Rechtskraft und Appellation sind einander gradezu entgegengesezt. Jene soll den Streit beendigen auf Kosten des wirklichen Rechts. Diese soll ihn verlängern zur Beförderung desselben. Jene beugt die Forderungen der Gerechtigkeit und Wahrheit unter das Gebot des aktenmäßigen Ausspruchs. Diese entfernt den aktenmäßigen Ausspruch und opfert den Partheyenfrieden und die Ruhe des Richters auf dem Altar der Gerechtigkeit auf. Die Appellation soll da-

Digitized by Google

her ihrer ganzen Tendenz nach den Nachtheil abwenden, den die Rechtskraft erzeugen würde. Unter dem Schuz wahrgenommener Appellationsfatalien soll dem Appellanten, und wegen der Gleichheit der Rechte beyder Theile auch dem Appellaten, die Verfolgung ihrer wirklichen Rechte vollkommen gesichert seyn. Die Wirkungen der Appellation können in dieser Hinsicht durch nichts anders als durch die Rechtskraft selbst gehemmt werden. Mit andern Worten: jeder richterliche Ausspruch im Lauf des Processes, der nicht durch die Wirkungen der Rechtskraft den Wirkungen der Appellation entzogen worden ist, muß durch Appellation zum Vortheil des wirklichen Rechts angefochten werden können.

Ist nun aber die Beförderung der Harmonie zwischen dem wirklich vorhandenen und dem vom Richter deklarirten Recht der höchste Zwek der Appellation, so muß jedes vom Gesez nicht ausdrüklich ausgeschlossene Mittel zur Erreichung dieses Zweks, ein zulässiges Mittel seyn. Der Zwekbegriff der Appellation — Harmonisirung des wirklichen und des richterlich auszusprechenden Rechts — bringt es mit sich, daß ein auf diese Harmonisirung gerichtetes neues Vorbringen unter jenen Mitteln nicht ausgeschlossen sey. Wer das Gegentheil

gegen die Natur der Sache behauptet, muß ein ausdrüklich ausschließendes Gesez nachweisen, welches indessen nicht existirt, und von dessen Daseyn nie die Rede war.

Förmliches Recht entsteht nun zwar durch Rechtskraft, allein bey mangelnder Rechtskraft, keineswegs durch die Uebereinstimmung des Urtheils mit dem Inhalt der Akten. Daß der vorige Richter nach der Aktenlage dem Appellanten keine Beschwerde zugefügt habe, ist an und für sich, und wenn nichts anders hinzugekommen ist, kein Umstand der ihn von der Verfolgung seines wirklichen Rechts ausschließt, oder ihn rettungslos in den Strikken des förmlichen Rechts verwikkelt. Und gegen ein nicht existirendes förmliches Recht bedarf es keiner Restitution. Der Zugang zu diesem außerordentlichen Rechtsmittel ist sogar demjenigen verschlossen, dem der ordentliche Rechtsweg der Appellation, noch offen steht.

Es ist auch falsch, daß ohne das Daseyn einer nach den Vorakten vom vorigen Richter zugefügten Beschwerde, die höhere Jurisdiktion im Wege der Appellation nicht könne begründet werden. Sobald nur die Frage — ob eine Beschwerde existire oder nicht? — nach der Kunstsprache der Praxis, an den Oberrichter erwachsen ist, ist auch seine Jurisdiktion in der höhern Instanz grade so begründet, als

Digitized by Google

die Gerichtsbarkeit der ersten Instanz, sobald sie über die Frage, ob der Kläger zum Proceß zuzulassen sey oder nicht, competent erkannt hat. Die höhere Gerichtsbarkeit wird nicht durch die Wirklichkeit, sondern durch die bloße Möglichkeit einer Beschwerde fundirt, sobald ihr nur der Mangel der Appellationssumme, der wahrgenommenen Fatalien und das sogenannte genus causarum, nicht im Wege stehe.

Das Resultat dieser Ansicht ist, daß neues Vorbringen in der höhern Instanz, sobald nur dadurch der vorige Streitpunkt nicht verändert wird, zur Rechtfertigung der Appellation ohne weitere Einschränkung zulässig, und grade denn am nothwendigsten ist, wenn kein Vorwurf von Beschwerde das vorige Urtheil nach der Lage der Vorakten trift und der Appellant oder Appellat nur durch dieses Hülfsmittel seinem wirklichen Recht, Anerkennung im Ausspruch des höhern Richters verschaffen kann.

Die gesezliche Wahrheit dieses aus der bloßen Natur der Sache abgeleiteten Resultats, wird über allen Zweifel durch die Darstellung der Geschichte und des Inhalts der bestehenden Gesezze erhoben werden.

Das römische Recht macht nirgends die Nichtkonformität des Richterspruchs mit der Aktenlage, oder mit andern Worten, das Daseyn einer Beschwerde,

Digitized by Google

zur Bedingung der Devolution an die höhere Instanz. Es verbietet ausdrüklich nach Einführung der Appellation die Remission der Sache an den vorigen Richter. Der höhere soll durch ein konfirmirendes oder reformirendes Urtheil die Sache endigen, vorher aber sie nicht zurükweisen. *) Eine vom höhern Richter beendigte Sache, ein Erkenntniß desselben über die Konformität oder Nichtkonformität des vorigen Urtheils mit Akten und Gesez, sezt aber doch wohl eine vorangegangene Devolution nothwendig voraus.

Schon hieraus ergibt sich, wenigstens nach römischem Recht, die Unrichtigkeit der Behauptung, daß zu den die höhere Gerichtsbarkeit begründenden Re-

*) Eos qui de appellationibus cognoscent ac judicabunt, ita judicium suum praebere convenit, ut intelligant, quod cum appellatio post decisam sententia litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua remittere negotium ad judicem possit, *sed omnem causam propria sententia determinare conveniat:* cum salubritas legis constitutae ad id spectare videatur, ut post sententiam ab eo, qui de appellatione cognoscit, recursus fieri non possit ad judicem, a quo fuerit provocatum. Quapropter remittendi litigatores ad provincias remotam occasionem atque exclusam penitus intelligant: cum super *omni* causa interpositam provocationem vel *injustam* tantum liceat pronunciare, vel *justam* C. VII. 62. de appel. et consul. cons. 6.

quisiten, auch das Vorhandenseyn einer vom vorigen Richter zugefügten Beschwerde gehöre.

Ohne Inkonsequenz hätte auch die justinianeische Gesezgebung das Gegentheil nicht festsezzen können. Sie hatte selbst die Appellation gegen andere Erkenntnisse, als bedingte oder unbedingte Haupturtheile untersagt. Sie hatte sogar bey simpeln Interlokuten über Beweismittel und über die Zulässigkeit derselben, den Weg zur Querel verschlossen, indem sie den Partheyen eine vom vorigen Richter versagte Zeugenabhörung oder Urkundenproduktion in der höhern Instanz vorbehielt. *) Sehr natürlich daher, daß wenn schon die vorige Sentenz nach den Vorakten und nach den darin enthaltenen Beweisen, Urkunden und Zeugenaussagen, als vollkommen tadellos erschien, sie doch in der höhern Instanz, wegen dem Resultat der Aussagen neuproducirter Zeugen und Urkunden reformirt werden mußte. Und folgt hieraus auf der einen Seite, daß Nichtkonformität des Urtheils mit den Akten keine Bedingung der Devolution der Gerichtsbarkeit an den höhern Richter war, so folgt auf der andern, daß auf bloße Nova der vorhin unterliegende Appellant jezt zum Sieger erklärt werden konnte.

*) — — neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi deneget jus competens, id est, vel testium productionem, aut relectionem instru-

Digitized by Google

Die Zulässigkeit des neuen Vorbringens in der höhern Instanz war auch nicht blos auf den Fall eingeschränkt, wenn der Beweisführer schon der vorigen Instanz das Beweismittel angezeigt hatte, und mit der Produktion desselben nicht war zugelassen worden. Die bekannte Kodexstelle VII. 62. 36 spricht zwar ausdrüklich nur von diesem Fall. Allein sie schließt den entgegengesezten nicht aus. Andere Verordnungen reden von der Zulässigkeit des neuen Vorbringens ohne alle Einschränkung. *) Die Rechte beyder Theile wurden in Hinsicht desselben für gleich erklärt. **) Es wurde nur bedungen, daß durch neues Vorbringen das Streitobjekt nicht geändert, und keine neue Klagen, Wiederklagen oder Einreden anhängig gemacht

menti: potest enim in appellatione omnia denudare seu exercere. — C. VII. 62. de appel. et cons. cons. 36.

*) Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicis acto fuerit omissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, prosequatur. C. VII. 62 de apell. et cons. cons. 6. §. 1.

**) Novas etiam adsertiones a *partibus* apud eundem, vel eosdem judices addi — — permittimus. C. VII. 62. de apell. et const. consult. 37. in fine. —

Per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus tam *appellatori* quam *adversae parti*, *novis* etiam *adsertionibus* utendi, vel *exceptionibus*. — —

Digitized by Google

werden könnten. *) — — Es komme nur auf Wahrheit und Gerechtigkeit an, sagte der Gesezgeber; es würde ungerecht seyn, nothwendige Thatsachen oder den Beweis derselben, weil in der vorigen Instanz nichts davon gesagt wurde, auszuschließen. **) Mehr bedarf es wohl nicht zur Widerlegung der Meinung, daß nach römischem Recht neues Vorbringen nur zur Unterstüzzung einer schon aus den Vorakten resultirenden Beschwerde zuläßig sey. Wenn sich der Geist der Gesezgebung so klar wie hier ausspricht, so kann das zufällige und überflüßige, weit eher auf die in der vorigen Instanz gebrauchten Gründe als auf die in der gegenwärtigen geführten Beschwerden zu beziehende Wort etiam, welches Gönner mit beynahe verschwendetem Scharfsinn auf eine blos unterstüzzende Zuläßigkeit des neuen Vorbringens deutet, ***) den Gesezinterpreten wohl nicht sehr verlegen machen.

*) Quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae. C. VII. 63. de temp. et repar. apell. cons. 4.

**) — — cum votum gerentibus nobis nihil aliud in judiciis, quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda, videatur. C. VII. 62. de apell. et consult. cons. 6. §. 1.

***) Gönner a. a. O. §. 14.

Dem kanonischen Recht fehlte es fast überall, wo es vom römischen abwich, an philosophischer Selbstständigkeit und Haltung. Man möchte beynahe diese Beschuldigung zu erneuern geneigt seyn, wenn man Stellen findet, in welchen eine vom Unterrichter zugefügte, aus den bloßen Vorakten resultirende Beschwerde, zur Bedingung der Zuläßigkeit der Appellation beym Oberrichter erklärt wird. *) Hieraus würde, denn freylich schon für sich und ohne weiteres folgen, daß nach kanonischem Recht auf bloße Nova eine Appellation nicht könne gegründet werden. Man darf indessen nicht vergessen, daß das kanonische Recht neben der Appellation des römischen Rechts gegen bedingte oder unbedingte Endurtheile, noch eine andere, dem römischen Recht gänzlich fremde, der geistlichen Legislation gänzlich eigne Appellation, gegen alle mögliche Gattungen richterlicher Verfügungen einführt. Man darf nicht übersehen, daß es alles, was das römische Recht über die ihm eigne Appellation sanktionirt, ausdrüklich bestätigt. **) Es folgt hieraus von selbst, daß alle, die Lehre von der Appellation betreffende, vom römischen Recht abweichende Bestimmungen des kanonischen Rechts, einzig und allein auf die diesem leztern eigne Appellation ange-

*) X. 11. 28 de appellationibus c. 38 et 70.

**) C. 1. de appell. in 6to.

wendet werden müssen. Geht man von diesem Gesichtspunkt aus, so lassen sich alle Texte des kanonischen Rechts in völliger Harmonie mit sich selbst und mit den höhern Principien des Systems erklären. Sogar diejenige Stelle, aus welcher man gradezu und mit den Worten des Gesezzes selbst beweisen könnte, daß nach kanonischem Recht alle Nova aus dem Appellationsverfahren ausgeschlossen bleiben, muß, wie es mir scheint, blos von der dem römischen Recht unbekannten Appellation gegen Interlokute verstanden werden. *)

*) Clem. II. 12 de appell. c. 5. Appellante ab interlocutoria vel a gravamine judicis, non licet alias causas prosequi, quam in appellatione sua *nominatim* duntaxat expressas. Nec processus primi judicis ex novis aut de novo probandis justificari potest vel etiam impugnari, sed tantum ex illis quae acta fuerunt vel exhibita, coram ipso. — Könnte es zweifelhaft seyn, ob diese Stelle auf die Appellation des römischen oder des kanonischen Rechts passe, so müßte die Bestimmung non licet alias causas prosequi quam in appellatione *nominatim* expressas, den Zweifel entscheiden. Nur bey der Appellation des kanonischen Rechts muß der Grund derselben oder die Beschwerde selbst dem Unterrichter namentlich eröfnet werden, indeß nach römischem Recht die bloße Appellationsanzeige hinreicht. Es ist übrigens wohl nur Unachtsamkeit, wenn Grolman (a. a. O. §. 214. Note *) und Gönner (a. a. O. §. 10. Note a) diese dem Buchstaben nach gegen das Recht des neuen Vorbringens entscheidende Stelle, zur Beurkundung der unterstüzzenden Zuläßigkeit desselben anführen, oder wenigstens anzuführen scheinen.

Digitized by Google

Nur so entsteht überall Konsequenz. Die Beschwerde, gegen welche die Appellation des kanonischen Rechts gerichtet ist, kann der vorige Richter, wenn er will, selbst heben. Sehr natürlich bleibt daher der Appellant mit dem neuen Vorbringen in der höhern Instanz abgewiesen, da es ja nur von ihm abhängt neue Gründe und Akta beym vorigen Richter geltend zu machen. Die Appellation des römischen Rechts ist gegen Beschwerden gerichtet, welche der vorige Richter nicht heben kann. Der Appellant muß daher der Konsequenz wegen in der höhern Instanz mit Thatsachen und Beweisen Gehör finden, für welche er beym vorigen Richter keinen Eingang mehr findet. Hiermit verbinde man folgende Bemerkung. Die Restitution als eignes Rechtsmittel ist dem kanonischen Recht eben so fremd als dem römischen. Wollte man daher die angeführte Stelle der Klementina auf Appellationen gegen bedingte oder unbedingte Haupturtheile beziehen, so würde man, ganz gegen den für natürliche Billigkeit immer regen, den Härten des förmlichen Rechts immer entgegenstrebenden Geist des kanonischen Rechts, annehmen müssen, daß es den verschuldeten oder unverschuldeten Omissionen der Parthey alle Wirkungen der Rechtskraft und gänzlich versäumter Appellation beygelegt hätte. Diese Wirkungen würden nicht durch Restitution, von welcher

das kanonische Recht als ein eignes Rechtsmittel nichts weiß, wieder aufzuheben seyn. Sie würden folglich den Appellanten weit härter treffen, als die eigentliche Rechtskraft selbst.

Die deutsche Justizgesezgebung änderte in Hinsicht des Rechts des neuen Vorbringens in der höhern Instanz das gemeine Recht in keiner Hinsicht ab. Die Cammergerichtsordnung vom Jahr 1555. sprach davon Th. III. Titel 33. §. 3. mit bloßer Beziehung auf bestehende Gesezze. Sie modificirte die Formen des Gebrauchs desselben nach dem damals üblichen artikulirten Libell. Der Reichsabschied vom Jahr 1600. hob §. 114. einen das Recht des neuen Vorbringens beschränkenden Kammerschluß vom 13ten December 1593. wieder auf. Das Koncept der verbesserten Kammergerichtsordnung verordnete deklarativ in Beziehung auf die bekannten Worte der cons. 4. C. de temp. a repar. apell. (VII. 63.) quae non ad novum capitulum pertinent: „Daß die neuen Artikel der „Klage in erster Instanz eingebracht gemäß, und nicht „auf andere Klagen oder Sachen, darum nicht „geklagt, gestellt werden." — So blieb es, bis zum jüngsten Reichsabschied.

Dieses Meisterstück der Justizgesezgebung schrieb allerdings der Befugniß des neuen Vorbringens neue Formen vor. Es ist aber wirklich ein merkwürdiges

Misverständniß juristischer Parodoxie, wenn man annimmt, daß der jüngste Reichsabschied dem Appellanten Befugnisse ertheilt hätte, die er vorher nicht hatte, Ausnahmen von der Regel, daß kein neues Vorbringen in der Appellationsinstanz zulässig sey, sanktionirt, und unter Bedingungen für erlaubt erklärt hätte, was vorher nicht erlaubt war. Weit entfernt, das vorher Beschränkte zu erweitern, enthielt er umgekehrt Beschränkungen vorher unbegränzter Befugnisse. Er suchte durch die Furcht vor Eiden und Gewissenserschütterungen den bösen Vorsaz desjenigen zu unterdrükken, der um den Proceß zu verzögern, erhebliche Thatumstände im Lauf der Verhandlungen der untern Instanz, verschwieg. Er verordnete, daß es zwar in Ansehung des neuen Vorbringens in der Appellationsinstanz beym gemeinen Recht belassen werden, daß mithin der Appellant wie bisher auf bloßes neues Vorbringen seine Appellation zu begründen berechtigt seyn sollte, daß er aber alsdann sich zur eidlichen Versicherung erbieten und wirklich schwören müsse, daß er entweder vom Neuvorgebrachten vorher nichts gewußt, oder den Gebrauch desselben nicht für nöthig gehalten habe. *) Dieser Eid war

*) J. R. A. §. 73.

zwar nicht mehr der von der Cammergerichtsordnung vom Jahr 1555. Th. III. Titel 32. §. 6. schon eingeführte, blos vom Begehren der Parthey abhängende, auf neues Vorbringen gar nicht beschränkte, gegen muthwillige Appellationen gerichtete Calumnieneid. Er war aber noch vielweniger, wie Gönner sehr gründlich gegen Grolman gezeigt hat, ein Restitutionseid, oder beruhte, was Grolman wahrscheinlich sagen wollte, mit dem Restitutionseid auf einem gleichen rechtlichen Fundament. Am allerwenigsten aber wurde durch diesen Eid — wie Grolman zulezt behauptet hat — oder durch die Tendenz des denselben einführenden Gesezzes, die Verbindung einer Restitution mit einer Appellation, beabsichtigt. — Ich werde dies weiter unten näher beweisen. — Der Zweck jenes Eides war höchst einfach und liegt sehr nahe. Er sollte Processe abkürzen, und den künftigen Appellanten, durch die Furcht vor einem abgenöthigten Eid bestimmen, was er zu sagen habe, gleich zu sagen. Eben darum konnte dieser Eid, ohne alle Inkonsequenz — da das Recht des neuen Vorbringens nicht in der Sache verengt, sondern nur durch Formen bedingt werden sollte, — auch auf dasjenige verbreitet werden, was die Parthey vorzubringen, nicht für nöthig gehalten habe.

Ich glaube nun das uneingeschränkte Recht des neuen Vorbringens in der Appellationsinstanz, aus dem Zweck der Appellation, und aus der Geschichte der Gesezgebung bewiesen zu haben. Jezt bleibt mir noch die Prüfung und Beseitigung der aus höheren Principien selbst hergenommenen Einwendungen übrig, welche dieses Recht entweder als gar nicht vorhanden, oder als sehr beschränkt, oder als einen Misgrif der Gesezgebung gegen ihre eigne Grundsäzze, darstellen.

Diese Einwendungen sind folgende:

1. Das zugelassene Vorbringen neuer Thatsachen in der höhern Instanz, bringt den Gegner um das Recht der ersten Instanz. *)

2. Die vom jüngsten Reichsabschied so sorgfältig eingeführte Präkluston, der bey der Litiskontestation nicht vorgeschüzten Einreden, geht verloren, sobald der Appellant den gemächlichen Eid ablegt, daß er das Vorbringen derselben nicht für nöthig gehalten habe. **)

3. Die Präklusivkraft des Beweistermins wird vernichtet, wenn nach ergangenem Beweisinterlokut

*) Grolman a. a. O. §. 464. Gönner a. a. O. §. 16.

**) Gönner a. a. O. §. 18.

Digitized by Google

in der höhern Instanz noch neue Beweise zugelassen werden. *)

4. Der im Wege der Appellation angegangene Richter, kann nur über die vom zunächst untergeordneten Richter zugefügte Beschwerde erkennen. Wo keine solche Beschwerde existirt, fehlt es an der Devolution, oder an der Gerichtsbarkeit des Oberrichters. Eine Appellation auf bloßes neues Vorbringen zu gründen, verträgt daher der Geist der Appellation nicht. **)

5. In einem solchen Fall kann nur das nichtdevolutive Rechtsmittel der Restitution dem Verlezten Rettung darbieten. Die Gränzlinie zwischen denselben und der Appellation würde verloren gehen, wenn man auf bloßes neues Vorbringen eine Appellation zulassen wollte. ***)

Von diesen fünf Einwürfen treffen nur die drey ersten das Recht des neuen Vorbringens selbst, im Allgemeinen oder in bestimmten Fällen; die beyden lezten dagegen treffen nur den von mir behaupteten Umfang desselben oder den Grundsaz, daß Appellationen gegen gar nicht beschwerende Urtheile zuläßig sind. Zur Rettung meiner Ansicht,

*) Grolman a. a. O. §. 464.
**) Gönner a. a. O. §. 14.
***) Gönner a. a. O. §. 16.

Digitized by Google

zur Beseitigung von Misverständnissen, welche ich vielleicht veranlassen könnte, muß ich alle jene Einwürfe und das Gehalt derselben würdigen.

ad 1 u. 2. Es ist allerdings ausgemacht, daß die Reichsgesezgebung jedem Bürger, die Wohlthat der dreyfachen Instanz, oder das Recht zugesichert hat, in der Regel, in jeder einzelnen Rechtssache, dreymalige Verhandlung und Beurtheilung, vor drey verschiedenen Gerichten, in aufsteigender Linie, als Kläger oder Beklagter verlangen zu dürfen. *) Aber dieses Recht geht nur darauf, daß die Hauptsache dreymal entschieden und eben so oft untersucht werde. Auf jeden Incident-

*) Als die gegenwärtige Versuche niedergeschrieben wurden, dauerte die Reichsverfassung und das Recht der dreyfachen Instanz als eine Wohlthat derselben fort. Während dem Abdruck der Abhandlungen erfolgte der Pariser Traktat vom 12. July dieses Jahrs, die Erklärung an den Reichstag vom 1. August, und endlich die Resignation Kaiser Franz des Zweyten. Jezt kann freylich vom Recht der dreyfachen Instanz als einem auf die Reichsverfassung gegründeten Recht nicht mehr die Rede seyn. Dagegen ist es in die Territorialkonstitution übergegangen. Es gehört zu den erworbenen Rechten der Unterthanen der neuen Souveraine, dessen historische Entstehung in der aufgelößten Reichsverfassung zu suchen ist. So wie die Befugniß dieser neuen Souveraine zur Anordnung der dritten und höchsten Instanz nicht mehr aus der kaiserlichen Verleihung, sondern aus eigner Hoheit emanirt,

punkt der Hauptsache geht es nicht. Das römische Recht schließt sogar die Appellation wegen Incidentpunkten ausdrücklich aus. *) Das kanonische Recht und die Reichsjustizgesezgebung lassen sie ganz zu; auch erhob die leztere das Recht der dreyfachen Instanz zu einem Territorialfundamentalgesez. Allein unerweislich würde die Behauptung seyn, daß indem die Reichsgesezgebung das Recht der dreyfachen Instanz den Personen und Rechtssachen — unter Voraussezzung des Daseyns der Appellationssumme und der übrigen Erfordernisse, zusicherte, sie damit dieses Recht auf jeden Incidentpunkt habe verbreiten wollen. Es würde eine solche Interpretation, dem Geist des römischen Rechts, welches die möglichste Abkürzung der Verhandlungen über Incidentpunkte verlangt, widersprechen. Sie würde mit Consequenz durchgeführt, in jedem Proceß ein Labirinth ohne Ausgang darstellen, und die Gerichtshöfe in Handlungen unersättlicher Proceßsucht verwandeln. Müßte bey jedem Incidentpunkt das Recht der drey-

so wird das Recht ihrer Unterthanen auf diese Instanz nicht mehr durch Kaiser und Reich, sondern durch die, aus der Reichsverfassung hervorgegangene, und als Surrogat sie gänzlich ersezzende Territorialverfassung garantirt.

*) VII. 62. C. de appell. c. 36.

fachen Instanz berücksichtigt werden, so würde bey jeder in der höhern Instanz zur Sprache kommenden Adcitation, Zeugenproduktion, Vollmachtsprüfung u. s. w. eine Remission an die erste Instanz zu dekretiren seyn. Ohne das Recht der ersten Instanz zu verlezzen, könnte der höhere Richter, wenn er auf Beweis interloquirt hat, das Beweisverfahren nicht an sich ziehen. Jede faktische, zur Unterstüzzung des Hauptgegenstandes abzwekkende Beleuchtung ist der Sache nach ein Incidentpunkt, wenn schon der Form nach nicht immer ein eignes Verfahren darüber statt hat. Wäre nun das Recht der dreyfachen Instanz etwas anders, als das Recht auf drey Urtheile in der Hauptsache, so müßte nothwendig über jedes einzelne Vorbringen dreymal, auf Verlangen des einen streitenden Theils gehandelt, und bey etwas verwikkelten Processen, einem Heer von Nebenstreitigkeiten, nach dem Wunsch des absichtlich zögernden, ein Kampfplaz eröfnet werden, dessen ungeheuren Umfang der Blik des Richters zu umfassen, ausser Stand seyn würde. — Ein zu viel beweisendes Argument beweißt nichts.

Indessen scheint auch wirklich Grolman, wenn er aus dem Recht des Gegners auf die erste Instanz ein Hauptargument gegen die Zulässigkeit des neuen Vorbringens in der höhern Instanz hernimmt, mit

diesem Einwurf einen andern Sinn zu verbinden und einen andern Fall vorauszusezzen. „Nie" sagt er, „kann neues Vorbringen auf neue Thatsachen „neue Ansprüche, sey es als Klage, Wiederklage, „oder Einreden gründen." — Dies ist vollkommen richtig, der Einwurf ist aber nicht gegen das neue Vorbringen in der höhern Instanz selbst, sondern nur gegen den Misbrauch desselben zur verschleierten Veränderung des juristischen oder physischen Streitobjekts gerichtet. Er heißt nichts anders als soviel: daß unter dem Vorwand des neuen Vorbringens, neue Klagen oder Wiederklagen in der höhern Instanz nicht angestellte verloren gegangene Einreden nicht wieder geltend gemacht werden können. Wer wird dies leugnen? Welcher Richter wird dem Kläger, der in der ersten Instanz als angeblicher Intestaterbe eine gewisse Vermögensmasse in Anspruch nahm, in der höhern Instanz Gehör schenken, wenn er unter dem Vorwand des neuen Vorbringens in der höhern Instanz als Legatar auftritt? Wer wird den angeblichen Käufer, der in der ersten Instanz auf Ablieferung des Grundstücks A. klagte, in der höhern zulassen, wenn er unter dem Schutz des neuen Vorbringens seine Intention auf das Grundstück B. richtet. Mit neuen Einreden verhält es sich eben so. Nach dem jüngsten Reichsabschied sind Einreden, welche der Beklagte in

der ersten Instanz, bey der ersten Handlung nicht vorgeschüzt hat, für alle folgende präkludirt. Präklusion ist der Ausdruck des Gesezzes, und was für eine Instanz präkludirt ist, ist für alle nachherigen verloren. Es versteht sich hiernach von selbst, daß der Appellant durch den, selbst auf das, was er nicht für nöthig hielt, gerichteten Appellationseid des jüngsten Reichsabschieds, durch welchen er sich erst die Bahn zu neuem Vorbringen überhaupt brechen muß, sich doch den Weg zu erloschenen und präkludirten Einreden nicht öffnen kann. Der Vorwurf der Inkonsequenz, welchen Gönner den Verfassern jenes Gesezzes hierüber macht, *) scheint mir nicht verdient, weil er in den Worten des Gesezzes einen Sinn voraussezt, welchen ich nicht darin finden kann. Gegen Präklusion kann nur Restitution, nie Appellation retten. Denn Präklusion ist die Folge des eignen Handelns oder Unterlassens der Parthey. Gegen die Folgen eigner Partheyenhandlungen aber, ist keine Berufung an den höhern Richter denkbar. Widersprüche darf die juristische Interpretation in einem und dem nemlichen Gesez — ohne daß die Worte desselben unausweichlich dazu nöthigen — nicht annehmen. Wenn daher der jüngste Reichsabschied §. 37., die bey der ersten

*) A. a. O. §. 18.

Handlung des Beklagten unbenutzt gebliebene Einreden für präkludirt erklärt, so darf man nicht annehmen, daß §. 78., welcher blos von der Appellation handelt, gegen diese Präklusion, unter dem Schleier der Appellation, habe eine Restitution einführen wollen, sobald der Beklagte eidlich versichert, daß er das Vorbringen jener Einreden nicht für nöthig gehalten habe. Eine solche, die Absicht des Gesezgebers ohne Noth untergrabende Interpretation, müßte auch darum verworfen werden, weil, wie ich unten zeigen werde, die Appellation nie und in keinem Fall ein Surrogat der Restitution werden kann. — Und hiermit hätte ich auch den zweyten Einwurf gegen die Zulässigkeit des neuen Vorbringens in der höhern Instanz beantwortet.

ad 3. „Aber" — sagt man weiter — „durch die Zu„lassung eines neuen faktischen Vorbringens in der höhern „Instanz wird die Präklusivkraft des Beweistermins, „wenn ein Beweisinterlokut vorangegangen ist, vernich„tet." — Man muß mir vor allen Dingen die Frage erlauben, worin die Präklusivkraft des Beweistermins bestehe? Es gibt darüber keine mir bekante gesezliche Bestimmung. *) Die Praxis ist blos an die Theorie und

*) Leyser hat sie in III. 11. C. de dilationibus finden wollen. Allein die Widerlegung seiner Meinung hat Koch in der Abhandlung de initio termini probatorialis §. 4. geliefert.

Digitized by Google

an ihre allgemeine Grundsäzze verwiesen. Ist in dem Beweisinterlokut gar keine Beweisfrist festgesezt, so versteht es sich von selbst, daß erst auf Verlangen desjenigen, gegen welchen der Beweis geführt werden soll, eine Frist vom Richter angesezt werden kann. Im entgegengesezten Fall ist die Beweisfrist doch kein fatale judicis, oder, mit andern Worten, sie läuft nicht ipso jure ab, wenn schon ein irriger, durch keine rechtliche Grundsäzze geleiteter Gerichtsgebrauch ihr diese Eigenschaft beylegt. Ueberhaupt kann eine Frist, welche, wenn der Richter sie gar nicht bestimt hat, erst auf Verlangen der Parthey bestimt werden muß, kein Fatale seyn. Dieser allgemeine, selbst vom Gerichtsgebrauch nicht miskante Grundsaz führt, auf Beweisfristen angewandt, zu dem Resultat, daß eine Beweisfrist in nichts von einer irgend eine andere Handlung, z. B. eine Exceptional- oder Replikhandlung zulassenden Frist verschieden ist, und daß der Zugang zum Beweis der dazu angewiesenen Parthey nicht anders verschlossen werden kann, als nach vorgängiger Contumacialanzeige und darauf erfolgter Präklusion; es folgt ferner, daß der Verzug, ungeachtet einer geschehenen Contumacialanzeige, gereinigt wird, (purgatio morae) wenn die Beweisantretung vor ergangener Präklusion erfolgt; es folgt endlich, daß ein preciser Gerichtsstyl, von der Präklusion, nicht von der Desertion des Beweises

Digitized by Google

reden sollte. Die Wahrheit dieser Grundsäzze wird selbst nicht von Schriftstellern miskant, welche die ipso jure eintretende Präklusivkraft des Beweistermins behaupten, und daraus Folgerungen gegen die Zulässigkeit neuen faktischen Vorbringens in der höhern Instanz ableiten. *)

Man folgere streng aus diesen Prämissen. Es wird sich daraus ein wohlthätiges und beruhigendes Licht über die vorliegende Frage verbreiten. — „Binnen der Be„weisfrist" — sagt man — „muß der Beweisführer „nicht blos im Allgemeinen, den Willen zu bewei„sen, dem Richter zu erkennen geben; er muß auch die „Thatsachen nahmhaft machen, durch welche er den „Beweis konstruiren, und die Mittel anzeigen, „durch welche er jene Thatsachen ans Licht bringen „will. Dies alles gehört zur Antretung des Bewei„ses. Nichtangezeigte Thatsachen und nicht„angezeigte Beweismittel hat er stillschwei„gend fallen lassen. Er hat nach einer juristischen Fik„tion darauf verzichtet. Und zu dem Verzichteten gibt „es kein Rüktritt." — Dies sind die Gründe, wenn schon nicht die Worte der Vertheidiger der Präklusivkraft der Beweisfrist. — „Der Ablauf des peremtorischen

*) Hieher gehören Koch, Grolman, Gönner, Thibaut u. m.

Digitized by Google

„Beweistermins“ — sagt Grolman *) — „beschränkt „den Producenten in sofern, daß er nun keine Fakta, „über welche er den Beweis nicht angetreten hat, mehr „beweisen, und keine an den Beweistermin gebundene „Beweismittel (durch Urkunden, Zeugen und Eides„delation; denn Augenschein und Aussagen der Kunstver„ständigen gehören zur officiellen Thätigkeit des Richters „und sind an keine Beweisfrist gebunden) mehr gebrau„chen kann.“ — Ich finde hier Behauptungen, forsche aber vergeblich nach den Beweisen derselben. Sobald es als Grundsaz feststeht, daß die Beweisfrist eine blos dilatorische Ladung enthalte, deren Versäumung noch nicht als Verzichtleistung auf die Beweisantretung selbst, ohne vorhergegangenes Contumacialverfahren betrachtet werden darf, wenn aus dieser Prämisse folgt, daß die Verzichtleistung, als juristische Fiktion, erst dann eintritt, wenn der Richter der zum Beweise angewiesenen oder zugelassenen Parthey ankündigt, er werde, nach Ablauf einer gewissen Frist die von ihr unterlassene Beweisantretung als verzichtet betrachten, so muß doch der nemliche Grundsaz auch für die den Beweis konstruirende Thatsachen und für die Beweismittel gelten. **) Mit andern

*) Grolman a. a. O. §. 191.

**) „Für alle gerichtliche Handlungen, welche nach ihrem Ein„fluß auf den Ausgang eines Rechtsstreits als wichtig zu

Worten: gibt es für die ganze Handlung kein Fatale, so können auch die einzelnen Bestandtheile derselben keinem Fatale unterworfen seyn. — Indem der Producent zu beweisende Thatsachen und Beweismittel angibt, erklärt er zwar, daß er auf diese Art, und auf diesem Wege beweisen wolle. Was in aller Welt berechtigt aber den Richter zu der Hypothese, daß der Producent auf andre Art und auf andre Wege nicht beweisen wolle? Welches Gesez verordnet hier eine juristische Fiktion?

„betrachten sind, machen die arktatorischen Ladungen die Re„gel aus, und auch hiebey äussert die als Maxime angenom„mene Begünstigung der Rechtsvertheidigung ihre Wirkun„gen dahin, daß im Zweifel jedesmal nur die am wenigsten „beschwerliche Art arktatorischer Ladungen angenommen wer„den darf. Es ist also im Zweifel jede Ladung nur dilato„risch — um einem Termin die Kraft eines schon nach dem „Gesezze (ipso jure) zerstörlichen Termins beyzulegen, wird „ein ausdrückliches, diese Strenge rechtfertigen„des Gesez erfordert — und gesezliche Fatalien „müssen durch ausdrükliche Gesezze bewiesen wer„den." — Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Proceſſes Abh. XXVIII. §. 7. — Ich weis in der That die hier von mir entwikkelte Theorie nicht besser als mit den Worten eines Schriftstellers auszudrükken, der unter den Urhebern einer ächt philosophischen Behandlung der Theorie des provisorischen Verfahrens einen so vorzüglichen Rang einnimt. — Und doch spricht dieser nemliche Schriftsteller von der Desertion nicht von der Präklusion des Beweises! Er läßt ipso jure in Ansehung der Beweismittel eine Präklusion eintreten, welche er in Ansehung der Beweisantretung überhaupt läugnet! —

Digitized by Google

Welche Logik gebietet, in die Handlung des Producenten einen stillschweigenden Verzicht hinein zu interpretiren? Warum sollte nicht in Ansehung der einzelnen Bestandtheile der Beweisantretung, eben so gut, wie in Ansehung der Beweisantretung selbst, ein Contumacialverfahren statt finden? Mit welcher Konsequenz kann man der Frist zur Beweisantretung selbst die Eigenschaft einer ipso jure peremtorischer Frist absprechen, und die einzelnen in jener Beweisantretung enthaltenen Handlungen an eine solche Frist binden, mithin jedem einzelnen Theil ein Prädikat beylegen, welches dem Ganzen, als Aggregat aller einzelnen Theile, fehlt? — Ist nun aber die Präklusivkraft des Beweistermins, sowohl in Ansehung der Beweisantretung als der Beweismittel, ein juristisches Nonens, so zerfallen auch alle daraus abgeleitete Folgerungen in ihr eignes Nichts. Es kann daraus nichts für und nichts gegen die Zulässigkeit neuen faktischen Vorbringens in der höhern Instanz geschlossen werden. Die ganze für die negative Behauptung aufgestellte Schlußkette fällt, gleich einem auf eine unhaltbare Basis errichteten Gebäude, in sich selbst zusammen.

Sollte es sich etwa dann anders verhalten, wenn besondere Landesgesezze den Beweistermin ipso jure für peremtorisch erklärt haben? Gönner bejaht die Frage. *)

*) Gönner a. a. O. Abhandl. XXXII. §. 27.

Ich getraue es mir sie ebenfalls zu verneinen. Zur Begründung dieser Verneinung berufe ich mich nicht auf das nur scheinbare Argument, daß Nachträge zur Appellationsrechtfertigungshandlung zulässig sind, sobald nur die peremtorische Frist der Appellationsrechtfertigung selbst eingehalten worden ist. Nach erfolgter Exception und weiterm Verhandeln wird wohl niemand solche Nachträge noch für zulässig halten. Alle auf Analogie gebaute Schlüsse sind gefährlich. Ich werde sie nicht für meine Ansicht brauchen, kann sie aber auch eben darum nicht gegen mich gelten lassen. Der Schluß des Bayerschen Rechtsphilosophen ist aber doch wohl nichts anders als ein Schluß nach Analogie. Er läßt der Aehnlichkeit der Verhältnisse wegen, die in Ansehung der Beweisantretung von der Gesezgebung ausdrüklich festgesezte Regel stillschweigend in Ansehung des Inhalts und der Materialien des angetretenen Beweises gelten. Allein, der Natur der Sache derogirende Gesezze leiden der bloßen Aehnlichkeit der Verhältnisse wegen, keine ausdehnende Erklärung. Sie sind streng, einzig und allein auf den vom Gesezgeber ausgedrükten Fall, anzuwenden. Wo das Gesez ipso jure keine Präkluſion eintreten läßt, da findet ohne Commination derselben, und ohne Contumacialanzeige keine Präkluſion statt.

Der vierte Einwurf: Nur vom Unterrichter zu-

gefügte Beschwerden könnten eine oberrichterliche Jurisdiktion begründen, ohne Beschwerde gebe es keine Devolution, ohne Devolution keine Appellation, und eben darum könne, beym Mangel einer vom Unterrichter zugefügten Beschwerde, der Appellationsrichter, auf bloßes neues Vorbringen seine Wirksamkeit nicht fundiren — dieser Einwurf ist schon zum Theil durch das oben Gesagte weggeräumt. Indessen ist er unverkennbar der stärkste. Er geht aus dem Geist der Appellation selbst hervor. Er faßt das Institut aus einem richtigen, allein nicht vollständigen Gesichtspunkt auf. Es scheint mir nicht überflüssig, bey der Prüfung desselben noch etwas zu verweilen.

Es ist allerdings wahr, daß Appellationen nur gegen nicht rechtskräftige, angeblich beschwerende Urtheile gerichtet werden können. Dies liegt im Begriff des Instituts. Man vergesse indessen nicht, daß hiermit zwey wesentliche Bedingungen der Zulässigkeit der Appellation ausgesprochen sind. Beyde sind unzertrennlich. Aber beyde sind auch in einem gewissen Sinn identisch. Wenn die eine Bedingung — Mangel der Rechtskraft — fehlt, so kann auch die andere — Daseyn einer Beschwerde — nicht mehr gedacht werden. Wer das Urtheil rechtskräftig werden läßt, erklärt stillschwei-

Digitized by Google

gend, daß er es nicht für beschwerend halte; er würde — wollte er nachher das Gegentheil behaupten — seinem eignen Faktum und seinem stillschweigenden Anerkentniß widersprechen. Also — nur das nicht rechtskräftige Urtheil kann beschwerend seyn. Durch die tempestive Appellationsanzeige sagt der Appellant, daß er es dafür halte. Er erklärt mit andern Worten, daß er in dem Inhalt des Urtheils sein wirkliches Recht nicht anerkenne, so wie er durch sein Stillschweigen erklärt, daß er jenen Inhalt als sein wirkliches Recht wolle gelten lassen. — Was hat nun der Oberrichter bey Prüfung der Appellation zu thun? Er muß die Existenz der beyden die Zulässigkeit der Appellation bedingenden Thatsachen untersuchen; einmal die Frage: ob nicht etwa nach der stillschweigenden Erklärung des Appellanten selbst das vorige Urtheil gleich dem wirklichen Recht gelte, und indem es zu formalisirendes Recht ausspreche, schon wirklich formalisirtes Recht enthalte. Diese Frage ist nichts anders als die Frage: ob die Formalien der Appellation berichtigt seyen? Sie ist präjudiciel. Ist sie zum Vortheil des Appellanten entschieden, dann kömt es auf das wirkliche Recht desselben, auf die Materialien der Appellation an. Jezt erscheint das vorige Urtheil nicht mehr als Entscheidungsquelle des geltenden Rechts. Durch die Wahrnehmung der Appellationsformalien wurde die Er-

Digitized by Google

zeugung dieser Eigenschaft verhindert. Das Urtheil steht vielmehr dem noch nicht formalisirten wirklichen Recht des Appellanten gegenüber. Es kömt auf die Auflösung des Zweifels an, ob dieses noch nicht formalisirte Recht sich richtig darin ausdrükke und so zu sagen spiegle? Bey der Auflösung dieses Zweifels kommen einzig und allein die Merkmale in Betracht, welche der Appellant in Ansehung seines noch nicht formalisirten wirklichen Rechts dem Richter vorgelegt hat. Welchem Richter? Natürlich dem Richter, vor welchem er jezt steht, und aus dessen Munde er die Formalisirung seines wirklichen Rechts jezt erwartet. Altes und neues Vorbringen, vorige und jezzige Instanzakten fließen hier in einander. Der Umstand, daß hier oder dort ein Merkmal des zu deklarirenden Rechts angegeben sey, dieser Umstand erscheint als etwas zufälliges. Es kömt auf Wahrheit und auf Wahrheit allein an. Die tempestive Appellation hat die juristische Fiktion verhindert, daß der Appellant in der vorigen Rechtsdeklaration sein wirkliches Recht anerkenne; sie hat die Rechtskraft suspendirt. Die Wirkung der Appellation muß so weit reichen, als diese Wirkung durch eine etwa schon vorhandene Rechtskraft nicht verhindert wird. Dies ist es, was die Practiker, nicht ganz sprachrichtig, den effectum rescissorium appellationis nennen. Diese Benennung soll nichts anders als so viel heissen: wo Rechts-

Digitized by Google

kraft den Effekt der Appellation nicht ausschließt, da verhindert die nemliche Appellation die Entstehung des förmlichen Rechts. — Habe ich hiermit den Geist der Appellation vollständig aufgefaßt, so wird sich der Einwurf, daß neues Vorbringen in der höhern, ohne Beschwerde in der vorigen Instanz, dem Geist der Appellation widerspreche, und den Begriff einer Jurisdiktion, welche ohne Beschwerde nicht fundirt werden kann, aufhebe, wohl von selbst widerlegen. Die Beschwerden resultiren aus einem angeblich wirklichen Recht im Verhältniß zu einem dieses wirkliche Recht nicht darstellenden Richterspruch; die Jurisdiktion wird durch das Recht und die Verbindlichkeit des Appellationstribunals die Wahrheit oder Unwahrheit dieser Angabe zu beurtheilen fundirt; der Geist des Instituts ist Harmonisirung desjenigen, was wirklich Recht ist, mit demjenigen, was zulezt und unwiderruflich vom Staat durch den Richter dafür erklärt wird. Würde es dem Geist des Instituts auf der einen Seite widersprechen, wenn es seine Wirksamkeit über richterliche Aussprüche verbreiten sollte, welche durch stillschweigenden Partheyenverzicht, oder durch Rechtskraft, wirkliches Recht geworden, oder durch unbestrittene Formalisirung als solches anerkant sind, so würde es eben so sehr auf der andern Seite mit dem Geist des Instituts unvereinbar seyn, da seine Wirksamkeit für erloschen zu erklären, wo kein solcher

Verzicht, kein darauf begründetes formalisirtes Recht vorhanden ist, und doch die Merkmale des noch zu formalisirenden wirklichen Rechts, obgleich erst jezt, vorgelegt worden sind.

Anders hat es auch die deutsche Justizgesezgebung weder vor noch nach dem jüngsten Reichsabschied genommen. Sie unterschied nie zwischen einer auf bloße Nova und auf unterstüzzende Nova gegründeten Beschwerde. Ich habe dies schon oben ausgeführt. Hier noch folgende Bemerkung. Vor dem jüngsten Reichsabschied wurde mit dem Gesuch um Appellationsprocesse der Beschwerdelibell selbst noch nicht übergeben. Dieser erfolgte erst bey den Verhandlungen in der schon begründeten Appellationsinstanz selbst. Hiermit war stillschweigend der Grundsaz aufgestellt, daß es auf die Existenz oder Nichtexistenz einer vom Unterrichter nach den vorigen Instanzakten zugefügten Beschwerde zur Begründung der oberrichterlichen Gerichtsbarkeit nicht ankomme. — Gönner räumt dies selbst mit folgender Bemerkung ein. „So klar auch der Geist der Gesezze (nach welchen nur die vom vorigen Richter „zugefügte Beschwerden die Jurisdiktion des höhern „Richters begründen sollen) vor Augen liegt, so wenig „waren die übrigen Einrichtungen getroffen, ohne welche „diese Verordnungen nicht in Vollzug gebracht werden „konnten. Der Beschwerdelibell wurde erst bey Eröffnung

„der Verhandlung in der Appellationsinstanz vorgebracht;
„kein Bescheid über die Erheblichkeit der Beschwerde konnte
„dem Verfahren vorhergehn. Die Restitution als Rechts-
„mittel gegen Urtheile war unbekant. *) Und auf diese
„Weise waren die Gesezze selbst Schuld, wenn ihren Ab-
„sichten entgegen gehandelt wurde, und wenn man bey
„den Verhandlungen gar nicht darauf sah, ob der Ap-
„pellant sein Recht aus eigentlichen Beschwerden, oder
„aus neuem Vorbringen ableitete.“ **) — Wenn man so das Faktum anerkent, daß vor dem jüngsten Reichsabschied auch ohne Nachweisung einer vom Unterrichter zugefügten Beschwerde, auf bloßes neues Vorbringen eine Appellation gegründet werden konnte, so sollte man doch mit diesem Anerkentniß ohne den vollständigsten Beweis nicht die harte Beschuldigung verbinden, daß dieses Faktum eine gesezwidrige Einrichtung enthalten habe. Es müßte aus positiven und bestimten Gesezzen hervorgehn, daß vor dem jüngsten Reichsabschied im Wege der Appellation auf bloßes neues Vorbringen keine weitere Rechtsvertheidigung zulässig gewesen sey. Diesen Beweis aber blieb der Mann schuldig, dessen Scharfsinn und hohes Talent durch Widerspruch nicht miskant wird. Und auf nichtexistirende Gesezze konnte unmöglich

*) Dieß ist, wie sich weiter unten zeigen wird, unrichtig.
**) Gönner a. a. O. §. 14.

Digitized by Google

die Gerichtsverfassung berechnet, es konnte der Proceßgang nicht darnach organisirt werden. — Zwar meint Gönner, der jüngste Reichsabschied habe den Fehler verbessert, er habe die Zulassung einer Appellation auf bloßes neues Vorbringen unmöglich gemacht. „Dies geschah durch die Verordnung: daß der Beschwerdelibell „mit dem Gesuch um Appellationsprocesse übergeben werden solle. Nach dem wahren Geist der Verordnung wurde dadurch der wohlthätige Saz aufgestellt, daß vor Erkennung der Appellationsprocesse die Erheblichkeit der „Beschwerden zu prüfen sey, woraus die heut zu Tage „allgemein übliche Relevanzbescheide entstanden." *) — Man lese den Text des jüngsten Reichsabschieds §. 64. — Kein Wort wurde davon gesagt, daß durch bloßes neues Vorbringen die Appellation nicht könne fundirt, daß ohne eine aus den Vorakten resultirende Beschwerde die oberrichterliche Jurisdiktion nicht könne begründet werden. Es würde sich vielleicht anders verhalten, wenn der Oberrichter durch den auf den Gravatoriallibell ertheilten erst nach dem jüngsten Reichsabschied üblichen Relevanzbescheid blos seine Jurisdiktion für kompetent erklärte. Man würde denn so schliessen können: da zur Begründung der Jurisdiktion erst Gravamina deducirt werden müssen, so gehört die Nachweisung einer vom vorigen Richter

*) Gönner a. a. O. §. 16.

zugefügten Beschwerde zum Wesen der höhern Gerichtsbarkeit, damit würde man aber noch immer den Beweis schuldig bleiben, daß diese Beschwerde nothwendig aus dem Misverhältniß des vorigen Richterspruchs zu den Akten hervorgehn müsse, ohne daß es hinreicht, wenn sie aus dem Misverhältniß desselben zu der Sache resultirt. — Allein ein Relevanzbescheid enthält seiner Natur nach weit mehr als einen Ausspruch des Richters über seine Competenz. Ueber diese leztere hat der Richter, nach gemeinem deutschem Proceß, schon durch die bloße Ansezzung eine Justifikationsfrist erkant. Der Relevanzbescheid dagegen enthält entweder ein Urtheil, oder eine Citation, und sezt in beyden Fällen eine schon begründete, mithin nicht erst durch die aufgestellte Beschwerden zu begründende Jurisdiktion voraus. Er enthält ein Urtheil, wenn die Appellation wegen Mangel einer Beschwerde abgeschlagen wird; denn hiermit wird vom Oberrichter gesagt: daß er das vorige Urtheil im Verhältniß zur Sache, wie sie sich in den Vorakten und im Libell darstelle, geprüft, daß er beyde Theile, aus den Akten, vernommen, und nach vorgängiger Cognition die gegen das vorige Urtheil geführte Beschwerden grundlos gefunden habe. Hier existirt mithin eine eigentliche confirmatorische Sentenz in der Hauptsache. Sie würde offenbar ungültig seyn, wenn nicht schon vor-

Digitized by Google

her die Competenz ihres Urhebers entschieden wäre begründet gewesen. Der nemliche Relevanzbescheid enthält eine Citation, wenn er der Appellation deferirt, und den Beschwerdelibell zur Gegenvernehmlassung mittheilt. Denn hiermit erklärt der Oberrichter, daß er die Beschwerden — wieder im Verhältniß des vorigen Urtheils zur Sache, wie sie sich in den vorigen Acten und im Libell darstellt, — nicht schlechthin für ungegründet halte, aber doch erst den Appellaten darüber vernehmen müsse, welcher zu diesem Zwek hiermit vorgeladen werde. Auch die Citation würde, ohne eine schon begründete Jurisdiktion, nicht bindend und wirksam seyn. — Es ist hiernach falsch, daß vor der Erkennung der Appellationsprocesse, erst die Erheblichkeit der Beschwerde zu prüfen sey. Umgekehrt sezt die Prüfung der Erheblichkeit der Beschwerde den schon erkannten Appellationsproceß voraus.

Es bleibt mir jezt nur noch die Prüfung des fünften Einwurfs übrig. Durch eine auf bloße Nova gegründete Appellation — wird behauptet — würde die Gränzlinie zwischen diesem Rechtsmittel und dem Rechtsmittel der Restitution verloren gehen.

Die Restitution wegen neuer Thatumstände ist als ein Rechtsmittel gegen Urtheile nicht allein dem römischen

Recht unbekant, sondern es steht selbst mit dem Geist desselben in Widerspruch. Die Rechtskraft eines Urtheils wird vom römischen Recht der verbindlichen Wirkung eines Vergleichs gleichgesezt. *) Folglich kann so wenig Urtheil als Vergleich wegen neu aufgefundenen Urkunden aufgehoben werden. **) Dennoch war dieses Rechtsmittel dem deutschen gemeinen Proceß seit den frühsten Zeiten bekant. Der Deputationsabschied vom Jahr 1533 suchte nur den Misbrauch desselben einzuschränken. ***) Alle spätere Reichsgesezze sezzen es als längst bekant voraus und bestimmen nur seine Natur und Wirkungen. Die deutsche Territorialgerichte ließen es nach dem Beyspiel des Reichskammergerichts und nach der sogar gesezlich sanktionirten Regel zu, daß der gemeine Territorialproceß, so weit es die Eigenheiten der Gerichtsorganisation und die Natur der Sache verstatte, nach den reichsgerichtlichen zu bilden sey. ****) Am 7ten April 1702 erklärte das Reichskammergericht durch ein Conclusum pleni, daß dieses Rechts-

*) Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit. C. II. IV. de Trans. const. 20.

**) Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi, jura non patiuntur. C. II. IV. de Trans. Const. 19.

***) Speyerscher Deputationsreceß vom 23ten Merz 1533 §. 6.

****) Speyerscher Deputationsabschied vom Jahr 1600 §. 25. J. R. A. §. 137.

Digitized by Google

mittel keinen Devolutiveffekt habe, und daß mithin gegen Urtheile subordinirter Territorialgerichte nicht beym Reichskammergerichte Restitution nachgesucht werden könne. *) Diese Deklaration ging aus der Natur der Sache und aus Principien hervor, welche nur entwikkelt werden dürfen, um sogleich die richtige Gränzlinie zwischen Appellation und Restitution aufzufinden, welche keineswegs durch die Zulassung einer auf bloße Nova gegründeten Appellation verrükt wird.

Das Rechtsmittel der Restitution ist nemlich gegen ein rechtskräftiges Urtheil, mithin gegen ein förmliches Recht gerichtet, welches für die Restitution verlangende Parthey die Kraft eines wirklichen Rechtes erlangt hat. Wo keine Rechtskraft existirt, gibt es kein förmliches Recht, und wo kein förmliches Recht vorhanden ist, fehlt es der Restitution an einem Objekt. Urtheile, welche für den Verurtheilten keine verbindliche Kraft haben, können nie durch eine dabey gar nicht denkbare Restitution, sondern nur im Wege der Appellation, der Nichtigkeitsklage, oder, beym Mangel der Appellationssumme, der Revision angegriffen werden. Es folgt ferner aus dem Begrif der Restitution, daß nothwendig der nemliche Richter und nicht der höhere darüber zu erkennen habe. Denn — und dieses ist eigentlich der Punkt, in

*) Gönners juristische Abhandlungen Th. II. Abh. 31. §. 4.

welchem sich alle Schwierigkeit und Dunkelheit auflöst — so wie Appellation immer und nothwendig ein Urtheil voraussezt, welches nach der Behauptung des Appellanten im Verhältniß zur Sache, beschwerend ist, so sezt das Rechtsmittel der Restitution immer und nothwendig ein Urtheil voraus, welches nach der Darstellung und Behauptung des Supplikanten nicht beschwerend ist. Beschwerende Urtheile aber kann nur der Oberrichter reformiren; gegen nicht beschwerende dagegen kann nur der nemliche Richter, nach den überhaupt bey der Wiederherstellung in den vorigen Stand eintretenden Grundsäzzen, restituiren.

Manche meiner Leser werden mich vielleicht hier einer Dunkelheit oder eines Widerspruchs mit mir selbst beschuldigen. Vorhin behauptete ich, die Existenz einer Beschwerde gehöre nicht wesentlich zur Begründung der Jurisdiktion oder der Wirkungsfähigkeit des Appellationsrichters. Jezt behaupte ich — scheinbar umgekehrt — grade dadurch unterscheide sich das Rechtsmittel der Appellation vom Rechtsmittel der Restitution, daß jenes nur gegen beschwerende Urtheile, dieses nur gegen nicht beschwerende gerichtet sey, indem Beschwerden nur vom Appellations- oder Oberrichter gehoben werden könnten.

Ich bitte um Zeit zur Exposition meiner Ansicht. Vom Vorwurf des Widerspruchs werden mich denn aufmerksame Leser, wie ich hoffe, freysprechen.

Digitized by Google

Die Beschwerde eines Urtheils geht aus dem Misverhältniß desselben zur Sache oder zum wirklichen Recht hervor. Zum wirklichen Recht gehört aber auch für die Parthey das förmliche oder dasjenige Recht, welches sie, als ihr wirkliches Recht respektiren muß. Enthält nun ein Urtheil im Verhältniß zu diesem Recht keine Beschwerde, so ist die verbindliche Kraft desselben durchaus nicht problematisch. Es hört durch seine Rechtskraft auf, ein Gegenstand der oberrichterlichen Reform zu seyn. Es bleibt nur noch ein Gegenstand der vom nemlichen Richter zu erkennenden Restitution.

Nun ist das rechtskräftige Urtheil entweder in der lezten oder in einer der untergeordneten Instanzen gesprochen worden.

Im ersten Fall wurde es mit der Bekantmachung selbst rechtskräftig. Denn der höchste Instanzrichter ist nach einer traurigen, aber vom Bedürfniß der endlichen Sicherheit und Ruhe gebieterisch geforderten juristischen Fiktion infallibel. Darum wird sein Ausspruch sogleich förmliches Recht. Er kann daher nie graviren.

Im lezten Fall, bey Urtheilen untergeordneter Instanzen, verhält es sich zwar anders. Hier gibt es keine Infallibilität. Jene arrogante juristische Fiktion ist es nicht, welche richterliche Aussprüche zu förmlichem Recht erhebt. Rechtskraft entsteht erst durch das Stillschweigen

der Parthey während dem Interpositionsfatale. Dieses Stillschweigen wird nach einer andern juristischen Fiktion vom Gesez für Verzicht und Einwilligung gehalten. Die Parthey erkent oder nimt stillschweigend den Inhalt des Urtheils für ihr wirkliches Recht an. Hiermit hört der Begrif einer Beschwerde ebenfalls auf. Der Einwilligende ist an diejenige Norm gebunden, an welche er sich mit seinem Willen hat binden lassen. Ob er — wenn dieser Wille nicht angenommen werden müßte — dennoch daran würde gebunden seyn, darauf kömt es, nach versäumtem Interpositionsfatale, nicht mehr an.

Die um Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil nachsuchende Parthey steht daher in der lezten Instanz vor einem Richter, der nicht graviren kann, in untergeordneten Instanzen dagegen vor einem Richter, der, nach ihrem eignen, in ihrem stillschweigenden Anerkentniß enthaltenen Consens, nicht gravirt hat. In beyden Fällen ist — wie das Gesuch der Parthey selbst wesentlich voraussezt — zwischen dem Urtheil und dem wirklichen Recht kein Misverhältniß, mithin keine Beschwerde vorhanden. Die Eigenschaften des Urtheils selbst enthalten ohne weiteres den Grund seiner Harmonie mit dem wirklichen oder dem dafür geltenden Recht, und dieser Grund schließt die Möglichkeit einer Beschwerde aus.

Beym nicht rechtskräftigen, der eingewandten Ap-

Digitized by Google

pellation wegen problematisch gebliebenen Urtheil verhält sich alles anders. Es enthält kein formalisirtes wirkliches Recht, keine verbindliche Norm. Sein Inhalt ist kein Bestandtheil des dem wirklichen gleichgeltenden förmlichen Rechts. Es ist im Verhältniß zu demselben = O. Jener Inhalt steht dem Inhalt aller übrigen Acten, zu welchen auch der Gravatorialibell gehört, gegenüber. Die richterliche Funktion beschränkt sich auf die kontrollirende Prüfung der Frage, ob der Inhalt des einen das reine Produkt des Inhalts der andern ausspreche. In so fern der Appellant das Gegentheil behauptet, stellt er sich als beschwert dar. Und nur in so fern und nicht weiter ist die Controlle des Appellationsrichters begründet; der Richter kann aber seinen eignen Ausspruch nicht reformiren, er kann sich selbst nicht kontrolliren. Die Appellation muß daher ihrer Natur nach an einen höhern Richter devolviren. Controlle und Reform, — nicht blos im Verhältniß zu den untergerichtlichen Akten, sondern im Verhältniß zur Sache, wie sie sich aus sämtlichen Akten zeigt, ist ihr einziger Zwek, angebliche Beschwerde — wieder in diesem Verhältniß — ihr einziges Fundament, und die Harmonisirung des wirklichen oder wirklich schon formalisirten mit dem zu formalisirenden Recht, die einzige Funktion des Appellationsrichters.

Digitized by Google

Die Scheidelinie zwischen dem Rechtsmittel der Appellation und dem Rechtsmittel der Restitution scheint mir hierdurch sehr genau gezogen. Das Gebiet der Wirksamkeit des einen Rechtsmittels ist vom Gebiet der Wirksamkeit des andern so vollkommen abgesondert, daß beyde nie konkurriren können, und daß die Zulässigkeit des einen die Zulässigkeit des andern ausschließt.

Es sey mir zum Schluß dieser Ausführung erlaubt, die Scheidepunkte zwischen beyden Rechtsmitteln hier zusammenzustellen.

1. Appellation ist gegen ein beschwerendes Urtheil gerichtet, welches kein förmliches Recht darstellt, Restitution gegen förmliches Recht und gegen ein dies förmliche Recht darstellende Urtheil, welches den Begrif einer Beschwerde ausschließt.

2. Der Zwek der Appellation ist die Formalisirung des wirklichen Rechts, der Zwek der Restitution die Wiederaufhebung des schon formalisirten und mithin dem wirklichen gleichen Rechts.

3. Appellation ist nothwendig mit Devolution verbunden, weil der nemliche Richter zwar sein geltendes Urtheil aufheben oder dagegen restituiren, aber unmöglich sein nicht geltendes Urtheil, wegen angeblicher Misharmonie desselben mit dem wirklichen Recht reformiren kann; Restitution dagegen kann nie mit De-

Digitized by Google

volution verbunden seyn, weil das Urtheil, gegen welches das Rechtsmittel gerichtet ist, nicht einmal eine angebliche Beschwerde enthält, und weil Urtheile ohne angebliche Beschwerde kein Gegenstand der Wirksamkeit des Appellationsrichters seyn können.

4. Auf neuem faktischem Vorbringen beruht wesentlich die Begründung des Restitutionsgesuchs. Ohne eine solche Begründung ist die Aufhebung eines rechtskräftigen Urtheils rechtlich nicht möglich. Auf neuem faktischen Vorbringen beruht dagegen wesentlich die Begründung der Appellation nicht. Es kömt nur zufällig dabey vor.

5. Bey der Restitution ist die vom restituirenden Richter nothwendig und präjudiciel zu entscheidende Vorfrage, ob das angeblich neue faktische Vorbringen wirklich neu sey. Ist diese Angabe unwahr, so kann gegen das unbilligste Urtheil, da es einmal wirklich formalisirtes Recht enthält, nicht restituirt werden. Bey der Appellation ist jene Frage nicht wesentlich. Es ist darüber nichts präjudiciel zu entscheiden. Es kömt einzig und allein auf die Harmonie des nicht rechtskräftigen vorigen Urtheils mit den vor oder nachher, früher oder später angegebenen Rechtsmerkmalen an.

6. Bey der Restitution hebt der Richter um des wirk-

lich neuen faktischen Vorbringens willen das formalisirte Recht auf. Bey der Appellation läßt er um des nach Wahrheit und Gesez zu formalisirenden Rechts willen Nova zu. Dort bahnen Nova, im Gefolg von Wahrheit und Gesez den Weg zum restituirenden Urtheil; hier bahnen umgekehrt Wahrheit und Gesez (auf welche es bey der Restitution zunächst gar nicht ankömt) im Gefolge von neuem faktischen Vorbringen, den Weg zur reformirenden Sentenz.

Aus allen diesen Unterscheidungsmerkmalen folgt, daß deswegen, weil Restitution auf bloße Nova gegründet werden muß, Appellation dagegen auf bloße Nova gegründet werden kann, Restitution und Appellation dennoch nicht in einander fließen, nie zusammen verwechselt, nie nach Willkühr einander substituirt, oder mit einander cumulirt werden können.

Es folgt ferner, daß der vom jüngsten Reichsabschied wegen neuem faktischem Vorbringen vorgeschriebene Appellationseid, nicht, wie Grolman irrig meint, zur Begründung einer Wiederherstellung in den vorigen Stand abgelegt wird, und daß, ob er gleich in der Note zu dieser Stelle das Gegentheil behauptet, die Gesezgebung, ihrem Geist nach, nie eine Verbindung der Appellation mit der Restitution gestattet.

Digitized by Google

VIII.

Ueber den gesezlichen Grund der Rechtskraft mit besonderer Anwendung auf die Adhäsion und auf die Gemeinschaftlichkeit der Appellation.

Ueber den gesezlichen Grund der Rechtskraft sind mehrere Ansichten möglich; jede führt auf eigne Resultate; jede erzeugte eigne Meinungen der Rechtslehrer und besondere Maximen der Praxis. Indem man von widersprechenden dunkel ausgesprochenen Prämissen ausging, verlor man sich in einem Labirinth von Kontroversen; man vermißte das die Sanktionen der Gesezgebung selbst beherrschende höhere Prinzip, und deshalb konnte man folgende Fragen nicht befriedigend beantworten:

1. Können Partheyen einander wechselseitig die Folgen der Rechtskraft ausdrücklich oder stillschweigend erlassen?

2. Können sie durch wechselseitigen Konsens die Fatalien verlängern?

3. Können sie mit Verzichtleistung auf die ganze bisherige Verhandlung und ungeachtet eines rechtskräftigen

Digitized by Google

Ausspruchs, den nemlichen Richter zu einer neuen Verhandlung und Entscheidung autorisiren?

4. Auf welchem gesezlichen Grunde beruht die Gemeinschaftlichkeit der Appellation? Ist sie, wie Thibaut sich ausdrükt, etwas singulaires? Oder ist sie in der Natur der Verhältnisse und in der Philosophie der Gesezgebung mit Nothwendigkeit gegründet?

5. Wie unterscheidet sich die Principaladhäsion von der accessorischen? Ist der Unterschied willkührlich, oder ist er auf der Natur der Sache gegründet? Und wie unterscheidet sich wieder die Principaladhäsion von der wechselseitigen Appellation?

Alle diese Fragen finden ihre Entscheidung im gesezlichen Grunde der Rechtskraft.

Ich finde mich hier in einem, so viel ich weis, noch unbetretenen Felde der Philosophie des positiven Rechts.

Mit einer Fülle von Energie hat man immer die Macht der Rechtskraft beschrieben. Sie erhebt würkliches Unrecht zu förmlichem Recht, schaft weis aus schwarz, und beugt Wahrheit und Billigkeit unter dem launenvollen Despotismus der Gerichte.

Frägt man nach dem Grunde dieser Strenge, so erfolgt die Antwort: so erfordere es das Bedürfniß der Ruhe; Processe müßten einmal enden; der Sieger erlange aus dem zehn Tage lang unangefochten gebliebenen Urtheil

Digitized by Google

ein Recht, welches selbst der höchsten Staatsgewalt heilig seyn müsse u. s. w. Mit ganz eignem Scharfsinn gibt man hiernach die Würkung als den Grund dieser Würkung an. Beruhige sich dabey, wer es vermag. Warum spricht man denn bey der Präklusion einer processualischen Handlung, einer Duplik, einer Impugnationsschrift nicht mit eben der Achtung vom Bedürfniß der Ruhe, vom erworbenen Recht des Andern? Warum ertheilen die Gerichte hier so leicht Restitution und lassen allenfalls nur den nachläßigen Anwald die Kosten tragen? Woher so viel Strenge, da wo Eigenthum und Wohlstand der Partheyen in der Mitte liegen? Woher so viel Nachsicht in Fällen, wo oft Strenge ohne alle nachtheilige Folgen könnte ausgeübt werden?

Das Bedürfniß der Ruhe drükt nur einen politischen Grund der Rechtskraft aus. Jede, Rechtsverhältnisse bestimmende Gesezgebung muß indessen von möglichen rechtlichen Ansichten ausgehn. Sie sind der Stof ihrer Bestimmungen. Klugheitsgründe rechtfertigen nur die Formen derselben. Aus Klugheitsgründen konnte — um mich deutlicher auszudrükken — die Frist, binnen welcher die Rechtskraft entsteht, auf zehen Tage und noch auf kürzere Zeit beschränkt werden. Daß es aber überhaupt eine Rechtskraft gibt, daß sie, ungeachtet der dreyfachen Instanz, den Weg zur höhern Instanz ver-

Digitized by Google

schließt, daß nicht etwa der unterliegende Theil durch andere Zwangsmittel zur zeitigen Anzeige und Verfolgung der Appellation genöthigt, nicht durch andere Rechtsnachtheile an der Verzögerung des Ausgangs des Streits gehindert wird, das muß auf andern, das muß auf rechtlichen Gründen beruhen.

Die Gesezgebung läßt sich auf einem doppelten Wege rechtfertigen. Jeder führt zu eignen praktischen Resultaten, welche neben einander nicht bestehen können. Welcher Weg der richtige sey? — das muß aus der Tendenz der bestehenden Gesezze selbst erläutert werden.

Einmal läßt sich die Nothwendigkeit der Rechtskraft auf folgende Art deduciren.

Der Richter ist das Organ des Gesezzes. Nach einem rechtlichen in der Natur des Staatsvereines selbst gegründeten Postulat sind Weisheit und Redlichkeit die präsumtiven Grundzüge seines officiellen Charakters. Dieses Urtheil kündigte der Staat durch seine Wahl den Staatsbürgern an. Und so lange der Staat selbst nicht jenes Urtheil zu widerrufen für gut findet, erhalten dadurch alle Richterhandlungen und Richtersprüche den formellen Charakter von unbefangener Zweckmäßigkeit und gesezmäßiger Wahrheit. *)

*) Die Deduktion und die Begründung dieser Behauptung

Dies vorausgesezt, würde, wenn der Staat nur eine Instanz organisirt hätte, jeder Richterspruch, im Moment seiner Bekantmachung, Rechtskraft annehmen.

Der rechtliche Grund derselben liegt daher nicht im Bedürfniß der endlichen Ruhe. Er liegt in der Heiligkeit des Staats und in der Weisheit seiner Wahl. Er liegt in der Nothwendigkeit, in den Organen seiner Gesezze, eben die personificirte Rechtlichkeit, eben die Ratio loquens zu verehren, welche die Staatsbürger im Staat, als Organ des Rechtszustandes selbst, anerkennen müssen. Das sind freylich lauter Postulate, welche die tägliche Geschichte als historisch unwahr darstellt; aber sie sollen und müssen auch nur als Postulate des allgemeinen Staatsrechts gelten, ohne welche sich kein rechtlicher Zustand denken läßt.

Und grade das historisch Unwahre jenes auf Richtersprüche und Richterfunktionen angewandten Postulats rechtfertigt die Organisation der dreyfachen Instanz. Nur für die lezte Instanz bleibt das Postulat gültig. Für die beyden ersten hat es dagegen einen dürftigen und eingeschränkten Werth. Es ist nemlich nur dann von der Justizgesezgebung sanktionirt worden, wenn wegen der Un-

habe ich in meiner neuen Theorie über Verlezzungen des guten Namens und der Ehre geliefert.

erheblichkeit des Gegenstandes von der ersten an die zweyte, oder von der zweyten an die dritte Instanz nicht appellirt werden kann.

Die Zulässigkeit der Appellation dagegen schließt das Postulat aus, oder bedingt vielmehr die Würksamkeit desselben durch den Glauben und den Willen der Parthey selbst.

Indem nemlich die Gesezgebung die Parthey zur Appellation zuläßt, autorisirt sie dieselbe zur Bekentniß des Glaubens, daß sie den bisherigen Richter in der vorliegenden Sache nicht für das untrügliche Organ des richtig angewandten Gesezzes halte; sie stellt dem Willen der Parthey die Ablegung eines solchen Geständnisses anheim; der Staat verspricht der Parthey im voraus, daß er, wenn sie jenes Geständniß abgelegt habe, ebenfalls den vorigen Richter nicht für untrüglich halten wolle, und daß er auf diesen Fall einem andern Richter eine neue Rechtsprüfung auftragen werde.

Die Gültigkeit der Urtheile untergeordneter Instanzen wird daher in der Regel (die Ausnahme tritt z. B. bey fehlender Appellationssumme ein) nicht wie die Gültigkeit der Urtheile der obersten Instanz durch ein rechtliches Postulat begründet. Jene Urtheile erhalten ihre Rechtsgültigkeit in der Regel nicht vom Staat, sondern vom Willen der Parthey.

Lange Ungewisheit über diesen Willen würde indes-

Digitized by Google

jen ein großes politisches Uebel seyn. Sie würde einen der wichtigsten Zwekke des gerichtlichen Verfahrens — Gewisheit des individuellen Rechts — untergraben.

Zur Beseitigung aller Ungewisheit konnte der Staat von der Parthey verlangen, daß sie im Moment der Urtheilsverkündigung selbst ihren Willen erkläre. Er konnte sie ihres Stillschweigens bey der Urtheilsverkündigung wegen als einwilligend betrachten. Sie wäre dadurch weder hart noch inkonsequent behandelt worden. Indem sie vor dem Richter handelte, hatte sie sich im voraus seinem Ausspruch unterworfen, und in den Inhalt des Urtheils im voraus eingewilligt. Indem das Gesez ihr die Befugniß beylegte, nach der Urtheilsverkündigung das Gegentheil jenes Willens zu erklären und an einen höhern Richter zu provociren, hatte es ihr eine Wohlthat zugestanden, mit welcher, dem Begrif der Wohlthat nach, nicht nothwendig eine Bedenkzeit über die Frage, ob sie zu benuzzen oder nicht zu benuzzen sey, verbunden seyn mußte. Aus der Natur der Sache ergab sich vielmehr das Gegentheil. Denn jedes einmal gültige Urtheil soll ohne Anstand vollzogen werden. Jedes Urtheil untergeordneter Instanzen wird durch die stillschweigende einwilligende Annahme der Parthey für sie gültig. Die Annahme folgt aus dem Handeln und Unterwerfen vor, aus dem Schweigen bey der Verkündigung des Urtheils. Jede Parthey,

welche die ihr vom Gesez nachgelassene Provocation nicht sogleich benuzt hat, dürfte daher nicht über die Inkonsequenz der Gesezgebung klagen, wenn sie, sobald sie das Urtheil schweigend anhört, an dasselbe gebunden, und seinen Inhalt zu befolgen genöthigt würde. Dennoch bewilligt ihr das Gesez eine zehntägige Bedenkfrist. Dies ist eine zweyte und neue Wohlthat. Sie ist als eine weitere Milde der Gesezgebung gegen den Verurtheilten, nicht als Strenge zu betrachten.

Das Bedürfniß der endlichen Ruhe ist daher keineswegs der rechtfertigende gesezliche Grund der Rechtskraft. In der lezten Instanz ist dieser rechtfertigende Grund in der präsumtiven richterlichen Infallibilität zu suchen, in untergeordneten Instanzen in dem stillschweigend geäußerten Glauben der Partheyen an diese Infallibilität, oder besser gesagt, in dem stillschweigend dargelegten Willen derselben, sich dem richterlichen Ausspruch zu unterwerfen.

Man verfolge diesen Gesichtspunkt. Sehr bald wird es sich zeigen, daß diejenige Rechtskraft, welche nach dem stillschweigenden Ablauf der Nothfrist eintritt, aus der Theorie von ausdrüklichen und stillschweigenden Willensäußerungen erklärt werden muß.

Nicht allein die Appellationsbefugniß, sondern auch die davon unabhängige Wohlthat der zehntägigen Bedenk-

Digitized by Google

frist über den Gebrauch derselben, ist vom Gesez beyden streitenden Theilen gemeinschaftlich bewilligt. Lassen beyde Theile beyde Wohlthaten unbenuzt, so haben beyde stillschweigend und wechselseitig den Inhalt des Urtheils angenommen. Beyde sind nun durch einen stillschweigend geschlossenen Vertrag gebunden. Kein Theil kann jezt anders als vertragswidrig vom Inhalt des Urtheils abgehn. Daher das aus dem Ablauf des Decendiums entstehende jus quaesitum des mit dem Urtheil zufriedenen Theils.

Vor dem Ablauf des Decendiums wird zwar aus dem Stillschweigen der Parthey ihre Einwilligung in den Inhalt des Urtheils präsumirt. Allein diese Präsumtion kann jeden Augenblick durch die Erklärung eines entgegengesezten Willens vernichtet werden. So lang die Befugniß zur Aeußerung desselben existirt, hat der andere Theil auf einen blos vermutheten vom Gesez noch nicht als würklich existirend betrachteten Willen noch kein erworbenes Recht. Die Vermuthung kann aber auch in einem entgegengesezten Sinn vor Ablauf der Bedenkfrist sich in Gewisheit verwandeln. Jede Parthey kann vor dem Ablauf des Decendium ausdrücklich ihre Zufriedenheit mit dem Inhalt des Urtheils erklären. Dann ist derjenige Vertrag, welcher nach Ablauf des Decendium als stillschweigend geschlossen erscheint, vor Ablauf dessel-

ben durch ausdrükliche Willenserklärung zu Stande gekommen.

Alle erlaubte Verträge müssen jedem Richter, selbst der höchsten Staatsgewalt heilig seyn. Keinem Dritten, außer den etwa neu kontrahirenden Paciscenten selbst, ist es verstattet, den Inhalt des Vertrags um eine Silbe abzuändern. So rechtfertigt sich Apulejus strenger Ausspruch, daß der rechtskräftigen Sentenz weder eine Silbe zugesezt noch eine Silbe davon ausgestrichen werden könne.

Gegen Rechtskraft ist Restitution aus eben den Gründen zulässig, aus welchen überhaupt gegen Verträge, dem Irrenden, dem Verlezten, dem Betrogenen, Wiederherstellung in den vorigen Stand rechtlich ertheilt werden kann. Aber keine Gewalt kann den Vertrag selbst und die daraus resultirende vertragsmäßige Verbindlichkeiten als nicht vorhanden betrachten, oder den Inhalt des Vertrages anders wie er da liegt, nehmen. Keine Gewalt kann ihn, aus welchen Rüksichten es auch seyn mag, modificiren. Es giebt daher wohl eine Restitution gegen rechtskräftige Urtheile, aber keine Reform derselben.

Wenn das römische Recht die aus Transaktionen und aus der Rechtskraft entstehende Verbindlichkeiten überall auf gleiche Linie sezt, so scheint es von dem höhern Grundsaz auszugehn, daß beyde auf einem gleichen rechtlichen Grunde beruhen, und daß Streitigkeiten im Wege des

Digitized by Google

Transakts durch einen ausdrüklichen, im Wege der Rechtskraft und des unbenuzten Decendiums dagegen, durch einen stillschweigenden Vertrag ausgeglichen werden.

Die im Anfang dieser Ausführung aufgeworfene Fragen erhalten — von dieser Begründung der Rechtskraft ausgegangen — eine befriedigende und konsequente Auflösung.

ad 1. Verträge, mögen sie durch ausdrüklichen oder stillschweigenden Consens eingegangen seyn, können durch ausdrüklichen oder stillschweigenden Dissens wieder aufgehoben werden. In beyden Fällen haben die Neupasciscirende, die aus dem Vertrage entspringende Verbindlichkeiten, sich wechselseitig erlassen. Eben so sind die Partheyen einander die Folgen der Rechtskraft stillschweigend oder ausdrüklich zu erlassen berechtigt, stillschweigend, wenn ein Theil, der eingetretenen Rechtskraft ungeachtet, appellirt, und der andere, statt die Einrede der Rechtskraft vorzuschüzzen, sich auf die Hauptsache einläßt, ausdrüklich, wenn beyde Theile einig werden, daß sie, der eingetretenen Rechtskraft ungeachtet, in der höhern Instanz, so, als wenn keine Rechtskraft vorhanden wäre, gegen einander handeln wollen.

ad 2. Da der Termin, binnen welcher die Parthey ihre präsumtive Einwilligung in das Urtheil durch aus-

drüklichen Dissens vernichten kann, vertragsmäßig abgekürzt werden kann, so kann er auch vertragsmäßig verlängert werden. *) Die Verlängerung und Abkürzung aller Appellationsfatalien ist daher allerdings ein Gegenstand der vertragsmäßigen Partheyenwillkühr.

ad 3. Der Richter der ersten und zweyten Instanz ist zwar das Organ des Gesezzes. Aber er bleibt es nach ausgesprochenem Urtheil in Hinsicht der abgeurtheilten Sache nur so lange, als die Partheyen ihn vertragsmäßig dafür erkennen wollen. Heben sie durch wechselseitige Uebereinstimmung sein Urtheil auf, so ist sein ganzes Verfahren vernichtet, und die Partheyen können, wenn sie wollen, ihn zu einem neuen Verfahren autorisiren. — Damit ist aber freylich nicht gesagt, daß diese Autorisation auch eine Verbindlichkeit für den Richter enthalte, sich zu einer neuen Verhandlung und Entscheidung brauchen zu lassen. Sie gibt ihm bloß Befugnisse ohne Verpflichtungen.

ad 4. Der Grund der Existenz jeder vertragsmäßigen Verbindlichkeit ist in der, der Willensäusserung des einen Theils entsprechenden Willensäusserung des andern enthalten. So wie daher der Vertrag für den einen Theil nicht existirt, ist er auch für den andern nicht vorhanden. Hieraus geht die Gemeinschaftlichkeit der Appellation her-

*) Jan dissertatio de prorogatione et exarctatione conventionali fatalis interponendae appellationis.

vor. So wie ein Theil erklärt, daß er den Vertrag, welcher aus der versäumten Appellationsinterposition würde gefolgert werden, mit seinem Gegner nicht abschliessen wolle, so wie ein Theil durch diese Erklärung sich von aller Verbindlichkeit dem Urtheil Folge zu leisten befreyt, hebt er diese nemliche Verbindlichkeit auch in Ansehung seines Gegners auf. So wie nun der Appellant zu seinem Vortheil eine Abänderung des vorigen Urtheils fordern kann, so ist auch der Appellat, nach dem Gesez der Gemeinschaftlichkeit und Gleichheit zu einem gleichen Verlangen (reformatio in pejus) berechtigt.

Die Gemeinschaftlichkeit der Appellation ist hiernach nichts singulaires. Sie folgt mit Nothwendigkeit aus der Natur der suspendirten Rechtskraft, oder des über die Rechtsgültigkeit des vorigen Urtheils nicht zu Stande gekommenen Vertrages.

ad 5. Da indessen sowohl die Abfassung des ersten, als die abändernde Reform der folgenden Instanzurtheile im Civilproceß durch den Antrag der Parthey bedingt ist, so kann die Gemeinschaftlichkeit der Appellation ohne ausdrükliches Verlangen des Appellaten nicht würksam werden. Dieses ausdrükliche Verlangen bezeichnet die Kunstsprache mit dem Ausdruk Adhäsion. Das Recht dazu wird durch den Appellanten, durch die Appellationsanzeige für den Appellaten begründet. Sie kann bey der

vorigen oder bey der höhern Instanz geschehen. Sie enthält im ersten Fall eine bloße Anzeige des Appellaten, daß auch er in der höhern Instanz eine Abänderung des vorigen Urtheils zu seinem Vortheil verlangen werde. Sie enthält im zweyten Fall einen würklich bey der höhern Instanz auf eine solche Abänderung gerichteten Antrag. Sie wird im ersten Fall eine Principaladhäsion, im zweyten eine accessorische Adhäsion genannt. Beyde unterscheiden sich nicht blos in der Art des Gebrauchs, sondern auch in den Folgen. Bey der Principaladhäsion nimt der Appellant zugleich für den Appellaten die Fatalien wahr; läßt der Appellant vor der Rechtfertigung die Appellation fallen, so kann der Appellat, durch die Erklärung, daß er adhärire, gesichert, wenn er schon selbst keine Fatalien wahrgenommen hat, seine Beschwerden für sich ausführen und seine Adhäsion zu einer selbstständigen Appellation erheben. Die accessorische Adhäsion dagegen wird vor der Erkennung der Appellationsprocesse nicht würksam. Hat der Appellant vor diesem Zeitpunkt auf das Rechtsmittel stillschweigend oder ausdrücklich verzichtet, so ist auch für den Appellaten das vorige Urtheil rechtskräftig geworden. Noch wichtiger ist der Unterschied zwischen der Adhäsion und der wechselseitigen Appellation. Leztere sezt ein Urtheil über mehrere trennbare Streitobjekte, mithin eine Sentenz voraus, welche

Digitized by Google

in einem Aktenstük mehrere Sentenzen zugleich enthält. Durch die Rechtskraft dieser einzelnen Sentenzen werden eben so viel einzelne Verträge erzeugt, und indem der Appellant dem einen Punkt des Urtheils durch eine auf diesen Punkt beschränkte Appellationsanzeige seine Ratifikation versagt, hat er den schweigenden Appellaten nicht von der vertragsmäßigen Verbindlichkeit, den andern Punkten Folge zu leisten entbunden. Will der Appellat sie nicht ratificiren, so muß er selbst als Appellant auftreten. Dann ist aber seine Appellation eben so selbstständig als die Appellation seines Gegners. Jede ist an ihre eigne Fatalien geknüpft.

So enthält ein einziges höheres Princip die Entscheidungsnorm für eine ganze Reihe von Controversen. Ich hätte die Zahl der leztern leicht häufen und die Consequenz des nemlichen Grundsazzes für die Entscheidung derselben zeigen können. Es war mir aber jezt nicht darum, sondern nur um die Erläuterung der Behauptung zu thun, daß höhere und richtige Grundsäzze für eine feste Praxis unberechenbar wichtig sind.

Denn — und diesen Uebergang werden wohl manche meiner Leser nicht erwartet haben — ich halte alles bisher ausgeführte in den Prämissen nur für halb wahr und in den Folgerungen für ganz falsch. Es gibt noch eine andere mögliche rechtliche Begründung der Rechts-

Digitized by Google

kraft. Sie soll vollständig entwikkelt und dann soll nach der bestehenden Gesezgebung die Frage entschieden werden, ob jene oder diese Begründung würklich geltend oder positiv rechtlich sey.

Diese andere Begründung geht auch von dem Postulat aus, daß der Staat im Richter den Staatsbürgern in der lezten Instanz das nicht durch Leidenschaft oder Kurzsichtigkeit bestechbare Organ des Gesezzes dargestellt habe; sie räumt ein, daß das nemliche Postulat, in der ersten und zweyten Instanz nur nach dem Willen der Partheyen den Richterspruch heilige; sie folgert aber hieraus nicht, daß die rechtliche Begründung dieser Rechtskraft einzig und allein in der Theorie von Willensäusserungen zu suchen sey; sie läßt noch vielweniger den Schluß gelten, daß zwischen beyden nichtappellirenden Partheyen ein stillschweigender Vertrag geschlossen werde.

Indem nemlich der klagende Bürger den Staat in der Person des Richters um Anerkennung und Schuz seines Rechts gegen einen bestimten Beklagten bittet, und der Beklagte das Daseyn dieses Rechts, bedingt oder unbedingt, direkt oder indirekt leugnet, ist das ganze Geschäft der Partheyen auf wechselseitige Vertheidigung und das ganze Geschäft des Richters auf Erforschung des Rechts (Instruktion), auf Deklaration desselben (Sentenz), und auf Vollziehung (Exekution) beschränkt. So

wie der Richter als bestelltes Organ des Gesezzes gesprochen hat, hat sich der Staat durch ihn dieses Theils seiner Pflicht entledigt; ausser der Exekution liegt ihm kein weiteres Geschäft ob. Wenn dennoch die Gesezgebung zur Abwendung möglicher Misgriffe und Irrthümer der richterlichen Funktion mehr gethan, wenn sie mehrfache Instanzen organisirt, und einander subordinirt hat, so ist dies ein wohlthätiges Geschenk der Verfassung, welches seinem Zwek nach ein Wechselverhältniß zwischen dem um Schuz bey seinem Recht nachsuchenden Bürger und den richterlichen Gewalten erzeugt hat und erzeugen sollte, und eben darum kein Gegenstand stillschweigender Vereinigung zwischen den streitenden Theilen seyn kann. Der Staat hatte überhaupt Schuz der Rechte — in welchem vor allen Dingen die Anerkennung des zu Schüzzenden enthalten war — versprochen; er hatte ihn durch den Richter erster Instanz geleistet; er hatte der mit dem Resultat der richterlichen Prüfung unzufriedenen Parthey eine Provokation an einen höhern Richter und damit eine nochmalige Rechtsvertheidigung verstattet, er hatte aber auch diese Wohlthat durch die Appellationsformalien, zu welchen vor allen andern das Interpositionsfatale gehörte, bedingt; er hatte eine bestimte Form äusserer Handlungen vorgeschrieben, ohne welche der Anspruch auf die Zulas-

sung zu neuer Rechtsvertheidigung kein Gehör finden sollte; hiermit war ein Wechselverhältniß zwischen jedem streitenden Theil auf der einen und den richterlichen Behörden auf der andern Seite, aber keineswegs ein Wechselverhältniß zwischen den streitenden Theilen untereinander begründet. Die Einwendung eines Rechtsmittels ist, daher allerdings als ausdrükliche, die unterlassene Einwendung desselben als stillschweigende Willensäusserung zu betrachten; die leztere enthält eine Resignation auf Rechtsvertheidigung vor der höhern Instanz, jene die Anzeige einer Reklamation auf eine solche Rechtsvertheidigung; die Würkung beyder Willensäusserungen beschränkt sich indessen einzig und allein auf die richterlichen Behörden; sie gehn den Gegentheil unmittelbar nichts an; nur durch die Folgen derselben erwirbt bey der resignirenden Willensäusserung des Einen der Andere ein Recht auf das Objekt der Resignation, auf den Inhalt des richterlichen Ausspruchs. Ein vertragsmäßiges Verhältniß wird bey wechselseitiger Resignation nicht gestiftet; beyde Theile begeben sich dadurch nur in Hinsicht des Staats und der vom Staat angeordneten richterlichen Behörden ihrer ihnen vom Staat unter bestimten Bedingungen verliehenen Befugnisse. Wird aber durch wechselseitig unterlassene Appellation kein Vertrag befestigt, so hat auch die einseitige

Digitized by Google

Interposition derselben für den andern Theil keine enthindende Kraft; sie läßt nicht die Bande eines Vertrages fallen, welche sonst — wenn nicht von der einen Seite appellirt worden wäre — das Stillschweigen des andern Theils würde für beyde geknüpft haben. Einseitige Appellation befreyt hiernach nur den Appellanten selbst von den Folgen der Rechtskraft.

Enthält diese Begründung der Rechtskraft gesezliche Wahrheit, so sind die oben aufgeworfnen Fragen ganz anders und grade umgekehrt zu entscheiden.

ad 1. Die Partheyen können einander weder ausdrüklich noch stillschweigend die Folgen der Rechtskraft erlassen. Damit ist nicht gesagt, daß nicht ein rechtskräftiges Urtheil Stof eines besondern Vertrages werden, daß nicht jeder über seine aus der Rechtskraft erworbene Rechte mit dem andern pacisciren könne; nur können die Partheyen nicht gültig, weder stillschweigend noch ausdrüklich sich dahin vereinigen, daß sie zum Vortheil eines fortzusezzenden Processes eine vorhandene Rechtskraft als nicht vorhanden betrachten und den Rechtsstreit in der höhern Instanz, als wenn jeder Theil zeitig appellirt hätte, fortsezzen wollen. Die Verhältnisse des Bürgers zum Staat und zu den öffentlichen Behörden sind kein Gegenstand einer Privatvereinigung. Ueber die in der Rechtskraft enthaltene Resignation auf weitere Rechtsvertheidigung

Digitized by Google

kann man daher mit dem andern Theil weder ausdrüklich noch stillschweigend pacisciren. Der höhere Richter ist von Amtswegen auf die Beobachtung der Fatalien und Formalien zu wachen schuldig; er wird dieser Pflicht durch die Erklärung des appellatischen Theils, daß er diese Vorsorge nicht verlange, oder sogar darauf verzichte, nicht entledigt.

ad 2. Aus gleichem Grunde ist keine vertragsmäßige Verlängerung der Fatalien von rechtlicher Würkung. Durch die eingetretene Rechtskraft ist das Urtheil des vorigen Richters der reformatorischen Einwürkung des höhern Richters entzogen; die Devolution ist ausgeschlossen; wo aber nach den Gesezzen des Staats keine Devolution existirt, da können Privatverträge sie nicht erzeugen.

ad 3. Der kompetente Instanzrichter ist schuldig auf Anrufen der Partheyen Justiz zu administriren; hierzu ist er vom Staat angewiesen und beauftragt. Sobald er sich aber dieser Funktion entledigt hat, ist sein Auftrag in dieser Sache erloschen. Er kann daher an seinem eignen Urtheil selbst auf Anrufen und mit Einwilligung der Partheyen keine Silbe ändern. Hierin liegt der Grund, warum die Partheyen mit Verzichtleistung auf die ganze vorige Verhandlung und Entscheidung den Richter zu einer neuen Verhandlung nicht autorisiren können, der Staat

Digitized by Google

hatte dem Richter hierzu keinen Auftrag ertheilt, jenseits seines Kommissoriums aber ist er bloße Privatperson.

Wollen beyde Theile den öffentlichen Richter zu einer neuen schiedsrichterlichen Verhandlung und Entscheidung autorisiren, so findet die Gültigkeit und Vollziehung dieser Abrede, von welcher der Staat keine Notiz nimt, auch keine Schwierigkeit. Allein die neue Verhandlung und Entscheidung wird auch nur als eine schiedsrichterliche gelten können. Sie würde keinen Weg zur Appellation, zur Rechtskraft und zu allen Folgen derselben öfnen.

Daß endlich die höchste Staatsgewalt auf Anrufen beyder Theile ein ganzes sonst gültiges Verfahren nicht aufheben und den ersten Instanzrichter zu neuer Untersuchung und Entscheidung nicht autorisiren könne, wird hiermit eben so wenig behauptet. Allein die Autorisation zu dieser neuen Verhandlung und Entscheidung emanirt nicht aus dem Partheyenconsens von unten, sondern von oben aus dem neuen Staatsauftrag.

ad 4. Da die Appellationsanzeige oder die Unterlassung derselben zunächst und wesentlich ein bloßes Verhältniß zwischen dem Appellanten und den Justizstelle erzeugt, so würde die Gemeinschaftlichkeit der Appellation, wenn sie irgend ein Gesez eingeführt hätte, allerdings etwas sehr singulaires seyn. Sie würde

keineswegs aus der Natur der Sache folgen. Sie würde, wie jedes Gesez, welches — wenn ich mich so ausdrükken darf — positive Bestimmungen in positive Bestimmungen hineinträgt, — streng, nur auf das vom Gesez ausdrüklich vorausgesezte Verhältniß, angewendet werden müssen.

ad 5. Nach der Natur der Sache ist die Adhäsion kein eignes Institut. Sie ist mit der wechselseitigen selbstständigen Appellation durchaus einerley. Der Appellant begründet durch die Erklärung seines Willens, daß er das vorige Urtheil nicht annehme, ein Verhältniß zwischen sich und den richterlichen Behörden, zunächst kein Verhältniß zwischen sich und dem Appellaten; seine Handlung erwirbt diesem keine Rechte; der Appellat kann daher auch nicht erklären, daß er der Appellation adhäriren, d. h. das durch die Handlung seines Gegners begründete Recht auch für sich benuzzen wolle. Immerhin mag er durch den Ausdruk Adhäsion eine eigne selbstständige Appellation bezeichnen: Handlungen, welche das Gesez zuläßt oder fordert, mag man immerhin mit Benennungen bezeichnen, welche das Gesez nicht kent. Nur darf eine entbehrliche Terminologie nicht den Begrif verwirren. Dies würde geschehen, wenn man mit der Adhäsion irgend einen andern Begrif, als den einer wechselseitigen oder vielmehr gegenseitigen selbstständ-

digen Appellation verbinden wollte. Mag der Appellat durch einen andern oder durch den nemlichen Punkt des Urtheils sich beschwert glauben, gegen welchen sein Gegner appellirt hat, mag dieser andre Punkt vom Gegenstand der gegenseitigen Appellation trenbar seyn oder nicht, so kann der Appellat von der Appellation seines Gegners keine Rechte borgen. Er muß die Zulässigkeit seiner Rechtsvertheidigung vor der höhern Instanz durch die Wahrnehmung eben der Formen sichern, welche er hätte wahrnehmen müssen, wenn sein Gegner gar nicht appellirt hätte. Der Unterschied zwischen der Adhäsion und der selbstständigen Appellation ist daher ohne Gehalt, und der weitere Unterschied zwischen der Principal- und der accessorischen Adhäsion läßt sich wenigstens aus der Natur der Sache nicht rechtfertigen.

Hier haben wir nun zwey entgegengesezte Ansichten. In beyden soll sich die Natur der Sache aussprechen. Beyde gehn von einem und demselben höhern Grundsaz aus. Die eine erschleicht durch eine sophistische Wendung Resultate, welchen die Praxis nicht huldigen darf, wenn das Gesez sie nicht heiligt. Die zweyte hält sich streng an den gegebnen Stof und siegt durch überwiegende Consequenz. Sie bedarf, um von der Praxis anerkant zu werden, keiner gesezlichen Sanktion. Sie wird vom Gesez stillschweigend gebilligt. Nur weil das Gesez

ausdrüklich anders spricht, nur in so fern es anders spricht, muß der Praktiker davon abgehn. Ob dies der Fall sey, ob ein Gesez, und welches? die Gemeinschaftlichkeit der Appellation einführt — das ist die Frage. Das Gesez existirt. Es fehlt ihm weder an Deutlichkeit noch an Bestimtheit. Dennoch ist es in der Hand des Praktikers ein todtes Werkzeug, wenn ihm der höhere, über das Gesez selbst herrschende Grundsaz fremd ist, wenn er die rechtliche Quelle der Rechtskraft nicht kent, wenn er den scharfen Gegensaz zwischen der die Rechtskraft ausschliessenden Appellation, und der die Appellation ausschliessenden Rechtskraft nicht auffaßt.

Das in Frage stehende Gesez ist kein anderes als die bekante justinianeische Constitution C. VII. T. 62. de appell. et cons. cons. 39.

Es sey mir erlaubt sie ganz herzusezzen

> Ampliorem providentiam subjectis conferentes, quam forsan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, cum in appellationum auditoriis is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte, quae hoc non fecisset, sententiam sequi, (qualiscunque fuisset) compellenda. Sancimus itaque, si appellator semel in judicium

Digitized by Google

venerit, et causas appellationis suae proposuerit, habere licentiam, et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri praesidium. Sin autem absens fuerit, nihilo minus judicem, per suum vigorem ejus partes adimplere.

Ohne dieſe Verordnnng würde es keine Gemeinſchäftlichkeit der Appellation gegeben, und ohne dieſe Gemeinſchaftlichkeit würde wohl die Praxis auf den ſchiefen und verdrehten Begrif einer Adhäſion und auf den Unterſchied zwiſchen einer Principal- und acceſſoriſchen Adhäſion nicht gefallen ſeyn

Daß nach vorjuſtinianeiſchem Recht die Appellation nicht gemeinſchaftlich war, geht aus der Stelle klar genug hervor. Und hiermit erſcheint alles, was ich in der oben entwikkelten zweyten Anſicht auf die im Eingang der Abhandlung aufgeworfene fünf Fragen geantwortet hatte, als reines Reſultat der Lehre des vorjuſtinianeiſchen römiſchen Rechts über den rechtlichen Grund der Rechtskraft. Juſtinian änderte die Natur der Sache ab, und führte die Gemeinſchaftlichkeit der Appellation ein. Hiermit werden die in der erſten Anſicht entwikkelten Grundſäzze über die Natur der Rechtskraft ſanktionirt, und der Stempel der Geſezgebung wird einem juriſtiſchen Sophisma

aufgedrückt. Mag hierbey immerhin die reine Quelle, aus welcher die Gesezgebung schöpfen sollte, getrübt, mag die Natur der Sache verfälscht werden; den positiven Juristen darf das nicht kümmern, und der nach positiven Vorschriften handelnde Richter muß die Consequenz der Rechtspflege unter die Vorschrift eines inkonsequenten Gesezzes beugen. Aber auch hierbey muß er mit Consequenz und mit beständiger Rükſicht auf den inkonsequent modificirten höhern Grundsaz handeln. Er muß den unsichtbaren Genius der Gesezgebung auch da zu ehren wissen, wo er sich zu verleugnen scheint.

Wird die justinianeische Verordnung, Ampliorem providentiam etc. etc. in diesem Geist angewendet, so bietet sie weder Schwierigkeiten noch Dunkelheiten dar.

Nach vorjustinianeischem Recht entbindet die Handlung des Appellanten und das Gesuch desselben den Appellaten von den Folgen der Rechtskraft nicht. Hiermit steht es ohne weiteres fest, daß nach vorjustinianeischem Recht die Rechtskraft auf einem Verhältniß der Parthey zur richtenden Staatsgewalt, nicht auf einem Verhältniß der streitenden Partheyen gegen einander beruhte.

Justinian hebt jenes ursprüngliche Verhältniß nicht ganz, sondern nur in dem Fall auf, wenn der Appellant — nach unserm juristischen Sprachgebrauch —

Digitized by Google

Appellationsproceſſe beym höhern Richter und die Vorladung ſeines Gegners erwirkt hat, si appellator semel in judicium venerit, et causas suae appellationis proposuerit. — Jezt wird der anweſende Appellat berechtigt, auch zu ſeinem Vortheil ein abänderndes Urtheil zu verlangen; der Richter wird angewieſen die Stelle des abweſenden Appellaten zu vertreten. Die Hemmung der Rechtskraft beruht jezt nicht mehr auf einem durch die angezeigte oder durch die unterbliebene Appellation begründeten Verhältniß zwiſchen dem Appellanten und dem vom Staat beſtellten Richter; ſie begründet ein Verhältniß zwiſchen dem Appellanten und dem Appellaten. Der Diſſens des einen Theils erwirbt dem andern Rechte. Die Appellation wird eben dadurch zwiſchen beyden Theilen gemeinſchaftlich. Warum? Weil von dieſem Augenblik an die Geſezgebung die Rechtskraft als die Folge einer ſtillſchweigenden Abrede zwiſchen beyden ſtreitenden Theilen betrachtet, weil von dieſem Augenblik an der erklärte Diſſens des einen auch den andern von ſeinem blos präſumirten Conſens entbindet. Ich weis wohl, daß hiermit die Geſezgebung ihre Conſequenz verleugnet. Aber es iſt beſſer nach inkonſequenten als ohne alle Gründe zu handeln. Es iſt daher weniger troſtlos dem Geſezgeber eine inkonſequente Anſicht zuzutrauen, als jenes charakterloſe Billigkeitsgefühl, welches nach der individuellen

Digitized by Google

Verschiedenheit des Falls mit stumpfsinniger Gutmüthigkeit den Blik bald auf diese bald auf jene Seite richtet.

Und hiermit finde ich mich am Ziel meiner Ausführung. Die fünf aufgeworfene Fragen erhalten nun wieder eine andere Beantwortung. Es ist keine rein philosophische, sondern eine an das positive Gesez sich anschliessende Auflösung. Sie schöpft aus verschiedenartigen Quellen, weil der Gesezgeber selbst für gut gefunden hat, aus verschiedenartigen Quellen zu schöpfen. Sie beruhigt den Praktiker, wenn sie schon die Forderungen des Rechtsphilosophen nicht befriedigt.

ad 1. Partheyen können zwar ihr durch Rechtskraft erlangtes Recht vertragsmäßig aufopfern, allein Rechtskraft als solche weder ausdrüklich noch stillschweigend durch Vertrag aufheben. Denn sowohl entstandene, als durch tempestive Appellationsanzeige in der Geburt erstikte Rechtskraft resultirt aus dem Verhältniß der Parthey zur richterlichen Behörde. Dieses Verhältniß bleibt vorherrschend ungeachtet der Gemeinschaftlichkeit der Appellation. Die Abrede der Partheyen, daß sie von der Rechtskraft gegen einander keinen Gebrauch machen wollen, enthält zwar einen Verzicht auf die Würkungen derselben. Dieser Verzicht geht aber wieder nur die Partheyen unter einander, nicht den Richter an. Er stört daher das Instanzenverhältniß nicht. Der Vertrag über oder gegen ein

rechtskräftiges Urtheil erzeugt Klage oder Einrede, und die richterliche Beurtheilung gehört — wie bey jeder andern Klage und Einrede — vor die erste Instanz.

ad 2. und 3. Bleibt die Antwort eben so, wie sie auch ohne Rükſicht auf C. VII. 62. de appell. et cons. cons. 39. war gegeben worden.

ad 4. Durch die erkante Appellation wird auch der Appellat von den Würkungen der Rechtskraft entbunden. Die Vorladung desſelben verbreitet das durch die Appellation blos zwiſchen den richterlichen Behörden und dem Appellanten geſtiftete Verhältniß auch auf den Appellaten. Das vorige Urtheil wird nun für beyde Theile der Gegenſtand einer neuen richterlichen Beurtheilung. Iſt der Appellat anweſend, ſo iſt die Abänderung desſelben zu ſeinem Vortheil durch ſeinen Antrag bedingt. Iſt er abweſend, ſo ergänzt das Richteramt jenen Antrag und die Clausula salutaris wird auch für den Appellaten etwas mehr als ein bloßer Schnörkel des Gerichtsſtyls. Unter abweſend iſt indeſſen nach erkanten Appellationsproceſſen keineswegs der contumacirte Appellat zu verſtehen. Es iſt nur derjenige, dem wegen unverſchuldeter Abweſenheit keine Ladung konnte inſinuirt werden. Der Fall einer von Richteramtswegen zum Vortheil des abweſenden Appellaten zu treffenden Abänderung des vorigen Urtheils kann nur dann eintreten, wenn auf Anrufen des Appel-

Digitized by Google

lanten nach erkanten Appellationsprocessen durch ein Haupturtheil die Rechtsverhältnisse zwischen dem Appellanten und dem wegen Abwesenheit nicht contumacirten Appellaten festgesezt werden. Dieser Fall wird bey unserer Gerichtsverfassung nicht leicht eintreten, weil die öffentliche Ladung in öffentlichen Blättern — von welcher das römische Recht nichts wissen konnte — den juristischen Begrif unbeschüzter Abwesenheit aufhebt, und weil der öffentlich Geladene und Contumacirte nicht für abwesend oder für unvertheidigt zu halten ist. *)

ad 5. Die Adhäsion verdient den Namen eines eignen Rechtsmittels nicht. Sie ist und bleibt eine müßige und überflüssige Erfindung der heutigen Formularjurisprudenz. Ist sie selbst gehaltloß, so wird wohl die Unterabtheilung derselben in eine Principal- und accessorische Adhäsion nicht gehaltvoller seyn. Die Arten werden den Charakter des Gattungsbegrifs nicht verleugnen können. Vor den erkanten Appellationsprocessen kann die Handlung des Appellanten dem Appellaten kein Recht erwerben. Der Appellat kann daher einem ihm nicht erworbenen Recht auch nicht adhäriren. Er muß seine Vertheidigung

*) Es wird sich in der Abhandlung über Ordinationen zeigen, daß die gesezliche Bestimmung — sin autem absens fuerit — dennoch auch für die heutige Theorie des gerichtlichen Verfahrens eine sehr wichtige Folge in sich schließt.

Digitized by Google

gegen ein beschwerendes Urtheil durch eine selbstständige Appellation sichern. Nach der erkanten Appellation tritt eine Gemeinschaftlichkeit des Rechtsmittels ein, welche den Appellaten ohnehin der Nothwendigkeit einer besondern Adhäsion überhebt. Vor der erkanten Appellation gibt es daher keine Adhäsion, nachher ist sie überflüssig; vorher ist die Adhäsion ein von der Gesezgebung verworfnes Institut, nachher ein bloßes Wortspiel. — Jede Appellation des Appellaten, mag sie gegen konnexe oder trennbare Punkte des Urtheils gerichtet seyn, ist daher ihrer Natur nach selbstständig. Sie muß wie jede andre Appellation, unabhängig von der Appellation des andern Theils, selbstständig von der Parthey verfolgt und vom Richter geprüft werden. Der Unterschied zwischen einer einseitigen und wechselseitigen Appellation ist daher wieder nichts anders als eine gehaltlose und müßige Terminologie.

Die Erklärung des Appellaten beym Unterrichter, daß er der Appellation seines Gegners adhärire, kann die sogenannte wechselseitige Appellation zu nichts anders, als zu dem, was sie schon ist, zu einer Appellation stempeln. Sie kann den Grundsaz, daß der Appellant, vor erkanten Appellationsprocessen, dem Appellaten keine Rechte erworben habe, nicht aufheben. Es kann auch der Umstand, daß der Appellat sich nebst dem Appellanten durch den einen und nemlichen Punkt des Urtheils für beschwert hal-

Digitized by Google

te, hierin nichts abändern. Der Appellat darf sich daher, bey der bloßen innerhalb der Nothfrist geschehenen Anzeige, daß er der Appellation seines Gegners adhärire, nicht beruhigen. Den willkührlichen und unpassenden Ausdruk könnte man ihm gönnen. Daß er aber die Einführungs- und Rechtfertigungsfristen — oder die etwa von der Provinzialappellationsgerichtsordnung eingeführte Fatalien — umgehe, und dennoch — wenn sein Gegner die Appellation desert werden läßt, einseitig die Adhäsion justificire, das kann man ihm nicht verstatten. — Er wird daher gleich seinem Gegner Sukkumbenzgelder erlegen, das fatale reproductionis, *) praesentandi, **) u. s. w. wahrnehmen müssen. — Allenfalls könnte er seinen Gegner zu seinem Mandatar bestellen. Er könnte erklären, daß er es dem Appellanten überlasse, die Fatalien auch in seinem (des Appellaten) Namen, wahrzunehmen. Der Appellant würde dann in Hinsicht des Appellaten den Prokurator darstellen. Allein der Appellat würde sich dann auch die

*) Der bekante Uebergang des extrajudiciellen in den judiciellen Proceß beym vormaligen Reichskammergericht.

**) Ein besonderes fatale des Bergischen oberappellationsgerichtlichen Processes. Das Oberappellationsgericht fordert durch einen Protokollarextrakt die Vorakten vom vorigen Instanzgericht. Beym leztern muß der Appellant jenen Protokollarextrakt binnen 30 Tagen präsentiren, und daß dies geschehen sey, beym Obergericht binnen der nemlichen Frist, bescheinigen.

Digitized by Google

Folgen der Unterlassungssünden seines Prokurators müssen gefallen lassen. Hätte der Appellant stillschweigend oder ausdrüklich, durch Desertion oder Renunciation auf die Appellation verzichtet, so würde auch der Appellat als verzichtleistend müssen betrachtet werden. Er würde nicht mehr selbstständig justificiren können. Auch würde er keine Restitution gegen die Handlung seines Procurators nachsuchen dürfen, und eben so erfolglos mit einer Entschädigungsklage gegen ihn auftreten. Von jener und dieser würde ihn der Einwurf ausschliessen, daß er sich zu dem wunderlichen Prokurator, der auf das ihm anvertraute Geschäft zu achten weder versprochen hatte, noch verbunden war, keines bessern versehen konnte. -- Wollte man die Hypothese recht konsequent durchführen, so würde man auch die Uebergabe des appellantischen Beschwerdelibells als eine gemeinschaftliche, oder der Gemeinschaft wegen auch dem Appellaten zu gut kommende Handlung betrachten müssen. Hier würde man denn aus dem Seltsamen und Sonderbaren ins Absurde fallen. Denn das ist doch wohl der Natur der Sache nach unmöglich, daß der Appellant, indem er seine Beschwerde justificirt, auch die Beschwerde des Appellaten rechtfertige, und für ihn eben so die Justifikationsfrist wahrnehme, wie er die Introduktionsfrist wahrgenommen hat.

Digitized by Google

Auf eine andre Hypothese, als auf die eines vom Appellaten dem Appellanten stillschweigend ertheilten Mandats, läßt sich nach meiner Einsicht die Theorie von einer Principaladhäsion bey schweigendem Gesez nicht gründen. Aber diese Hypothese führt auf Absurditäten. Die Principaladhäsion stellt sich hiernach von selbst als eine juristische Misgeburt dar. Ihre Schwester, die accessorische Adhäsion ist, wie ich vorhin zeigte, ein Wortspiel. Wozu also beyde Adhäsionen in unserm System? Sie haben Verwirrung in der Theorie und Misgriffe in der Rechtspflege veranlaßt. Man verbanne sie aus den Lehrbüchern und aus den Gerichtshöfen.

Digitized by Google

IX.

Ueber Ordinationen.

Was sind Ordinationen? Was ist ihr Zwek? Wodurch werden sie gerechtfertigt? — Diese Fragen gehören — wie man glaubt — zu den schwierigsten der Theorie des Civilprocesses.

„Schwer ist es" — sagt Gönner — „die Gränzen abzustekken, innerhalb welcher die Ordinationen rechtmäßig sind, schwer die Rechtsfolgen einer erlassenen Ordination anzugeben, schwer den Proceßgang nach erkanter Ordination vorzuzeichnen. Denn in dieser Lehre finden wir uns von Gesezzen allenthalben verlassen. Alles beruht auf einer richtigen Entwiklung des Verhältnisses, in welchem der Richter gegen die Partheyen, und diese unter sich durch die Ordination gesezt werden." *)

Ich kann Gönners Meinung nicht ganz unterschreiben. Die Theorie über Ordinationen scheint mir aus den obersten Grundsäzzen des Civilprocesses sehr einfach her-

*) Gönners Handbuch des gemeinen deutschen Processes Band III. Abh. XLIII. Ueber Ordinationen §. 1.

Digitized by Google

vorzugehn — um so viel einfacher, je weniger kurzsichtige Gesezgeber jene Theorie verkünstelt und verzerrt haben. Aber freylich kömt es nirgends mehr wie hier auf philosophische Begründung an, eine Begründung, welche ich selbst in der Abhandlung meines verdienstvollen Vorgängers über den vorliegenden Gegenstand ungern vermisse.

Man frägt vor allen Dingen: was Ordinationen sind? — Gönner nent sie eine wohlthätige Erfindung des Reichshofraths, welche erst beym Reichskammergericht und nachher auch bey den Territorialgerichten Eingang gefunden habe. Er sucht den Begrif der Ordinationen negativ und positiv zu bestimmen; er sagt, sie wären kein Urtheil, keine Urtheilserklärung, auch kein simples Dekret; sie enthielten kein Prälokut, auch keine Provisionalverfügung und wären noch weniger ein eigentliches Mandat. Dagegen wären sie ein Befehl des Richters auf einseitige Vorstellung; der Richter suche durch sie das Rechtsverhältniß unter den Partheyen über die Streitsache selbst zu bestimmen, und zwar ausser und anstatt der gewählten Proceßart; endlich solle durch eine Ordination der Streit in seiner Entstehung gehindert werden.

Ich erlaube mir das bescheidne Geständniß, daß diese mühsame Beschreibung der Ordinationen mir das Wesen und die Natur derselben nicht deutlicher mache. Vielleicht gelingt mir eine einfachere Darstellung der Sache. Es

Digitized by Google

wird sich dann zeigen, daß viele Merkmale, welche Gönner der Ordination beylegt, ihr nicht zukommen, und daß eben so viele Merkmale, welche er ihr abspricht, daran zu finden sind. — Auch wird die Geschichte der deutschen Justizverfassung zeigen, daß nicht die Reichsgerichte den Territorialgerichten, sondern umgekehrt die Territorialgerichte den Reichsgerichten mit Ordinationen vorangegangen sind.

Vor allen Dingen unterscheide man die Form vom Wesen der Ordinationen. Der gemeine deutsche Proceß kennt keine andere als eine zwanglose, freye, die Sache selbst geradezu aussprechende Form. Die Reichsgerichte mußten sich eine ängstliche selbst abentheuerliche Einkleidung aneignen. Akademische Gelehrte unterschieden nicht sorgfältig genug Sache und Vehikel. Sie trugen auf das Wesen der Ordination die reichsgerichtliche Darstellungsart derselben über. Alles, was bisher über Ordinationen gesagt und geschrieben wurde, zeigt Spuren dieser Vermischung.

Ordinationen sind — wie Grolman sich mit der ihm eignen Präcision ausdrükt — Sachverfügungen auf einseitigen Vortrag, wodurch der Richter, statt der Einleitung der gewöhnli-

Digitized by Google

chen Proceßart, das rechtliche Verhältniß der Partheyen, auf eine erschöpfende Art zu bestimmen sucht. *) Man sezze hinzu, Ordinationen bestimmen ohne vorgängige Verhandlung nicht blos das rechtliche Verhältniß der Partheyen unter einander, sondern auch oft das Verhältniß der Richterfunktion zur verhandelten Sache. Hiermit scheint mir der Begrif der Ordination erschöpft zu seyn.

Abkürzung des Verfahrens ist der Zwek derselben. Mit der Erlassung der Ordination ist das Verfahren der ganzen Instanz, über den an den Richter zur Entscheidung oder zur Verfügung gebrachten Punkt, beendigt.

Die Rechtfertigung der Ordinationen geht aus keinem bestimten Gesez hervor. Sie ist blos in der processualischen Klugheit und im richterlichen Streben enthalten, nicht einen Umweg zur Erreichung eines schon jezt erreichten Ziels zu nehmen. Wenn nemlich der einseitige Vortrag in Verbindung mit der ganzen frühern Verhandlung ein völlig klares Faktum darstellt, wenn kein möglicher Zweifel über die gesezliche Struktur desselben, über

*) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens 2te Aufl. §. 236. — Dieser Begrif paßt vollkommen auf alle Ordnationen, welche eigentliche Sentenzen oder Entscheidungen über Partheyenrechte enthalten.

Digitized by Google

das, was zu erkennen oder zu verfügen seyn mögte, übrig bleibt, dann wäre es offenbare Zeitverschwendung, den andern Theil noch zu vernehmen und zu überflüssigen Handlungen zuzulassen. Dann steht einer sofort zu erlassenden richterlichen Entscheidung oder Verfügung nichts im Wege, als eine Form, welche nur zur Erreichung eines schon erreichten Zweks, Aufklärung des Streitobjekts durch Vernehmung des andern Theils, vorgeschrieben war. Und in einem solchen Fall hielten sich schon zu Mevius Zeiten deutsche Territorialgerichte für berechtigt, mit Umgehung der Form auf einseitigen Vortrag sogleich zu entscheiden oder zu verfügen. *) Eine solche

*) Processum judiciorum pro exquirenda veritate et discutiendis curatius causarum momentis, usus reperit et recepit, cujus ordinem sequi oportet, quia sic praescriptum. Praescribitur autem, quia ad veritatem expeditum atque necessarium. Ubi ejus nullus usus aut nulla necessitas, a ratione et officio judicis alienum foret, ad illius inanes ambages et impendia partes detrudere. Ideo quoties veritas et jus statim sine processus ambagibus haberi et definiri potest, expedit mature statui quod justum, nec oportet observare alias in obscuris et intricatis solita. Quocirca licet ordinarie citatio et compulsoriales interposita appellatione decerni, postea acta edi'iis lectis relevantia gravaminum expendi eaque dijudicari solent, tamen haec omitti posse existimavimus, ubi talium nulla erat necessitas, nullus usus, sed illico ad narrata, sine cujusquam praejudicio decidi et praescribi poterat, quod justum atque rationabile. — Mevii Dec. P. 1. D. 66.

Digitized by Google

Entscheidung oder Verfügung hat vollkommen die Kraft der nemlichen richterlichen Handlung, wenn sie nach der Vernehmung des andern Theils wäre vorgenommen worden. Der ganze Unterschied liegt in der Einkleidung. Sie erscheint bey Erkentnissen über Partheyenrechte im anspruchlosen Gewand eines Relevanzbescheides, nicht im Prunk einer feyerlich publicirten Sentenz. So die deutschen Territorialgerichte. Die Reichsgerichte waren ängstlich an den Gang einer von der schwerfälligen Reichsgesezgebung vorgeschriebenen Proceßordnung gebunden. Ein Reformatorien-Urtheil ohne Publikation und ohne vorgängige Verhandlung war dieser Proceßordnung fremd. Die Reichsgerichte — vorzüglich das Reichskammergericht — durfte sich von den gesezlichen Formen nicht entfernen. Es mußte seine Ordinationen diesen Formen anschmiegen. Dadurch kam es denn freylich oft mit Sachen und selbst mit wesentlichen Eigenschaften des Instanzenverhältnisses in Widerspruch, schlug eine Appellation ab, die es doch in einem Anhang annahm, hob in diesem Anhang die Beschwerde, die es im Eingang des Dekrets als frivol verwarf, und muthete sogar dem Unterrichter zu, sein eignes Urtheil wieder abzuändern. Die wissenschaftlichen Bearbeiter der Proceßtheorie hielten die Biegungen und Wendungen des Gerichtsstyls der Reichsgerichte für Sachen, und trugen die Floskeln der Kameralpraxis

als Begriffe in die Lehre von Ordinationen hinüber. Daher die Dunkelheit und Verwirrung der ganzen Theorie, und die mehr juristischen Räthseln als einer klaren Sachdarstellung ähnliche Beschreibungen der Ordinationen, welche selbst Gönners gereinigte Darstellung charakterisirt.

Ordinationen sind, wie ich vorhin bemerkte, richterliche Sachverfügungen auf einseitigen Vortrag. Es liesse sich daher wohl denken, daß der Richter gleich auf die Klage in der ersten Instanz eine Ordination zu erlassen sich bestimt finden könnte. Diese Ordination würde sich immer dadurch von der Provisionalverfügung unterscheiden, daß diese einen provisorischen Zustand bezwekt, indeß jene einen peremptorischen hervorbringen soll. Die Reichsgerichte kannten auch würklich Ordinationen in Citations- und Mandatsprocessen, welche selbst weder eine Citation noch ein Mandat enthielten. Sie hatten mehr die Natur eines väterlichen Raths als eines richterlichen Befehls. Sie wurden an mächtige Partheyen erlassen, welche selbst die Wahlkapitulation mit schonenden Phrasen anzureden vorschrieb. Dagegen kamen sie nie bey Territorialgerichten vor. Territorialgerichte liessen sich nie dazu herab, sich mächtigen Partheyen als bloße Rathgeber darzustellen, und ein richterliches Erkentniß gegen einen nie vernommenen Beklagten würde doch eine zu harte Versündigung

Digitized by Google

gegen die ersten Grundsäzze des processualischen Handelns gewesen seyn.

Desto häufiger kamen Ordinationen bey deutschen Territorialgerichten in der zweyten und dritten Instanz vor. Es waren Verbesserungen unterrichterlicher Misgriffe auf einseitigen Vortrag. — Ordinationen dieser Art sind der eigentliche Gegenstand dieser Abhandlung. Ich untersuche die Fragen: Wann darf der Oberrichter auf den bloßen Vortrag des einen Theils, auf bloße Einsicht der Vorakten die unterrichterliche Verfügung oder Sentenz ändern, oder um mich kunstmäßig auszudrükken, die Beschwerde brevi manu heben? Welche Würkungen erzeugt eine solche Ordination?

Man unterscheide vor allen Dingen Beschwerden gegen den Richter — Querelen — von Beschwerden gegen das Erkentniß — eigentliche Appellationen. Bey beyden sind oberrichterliche Verbesserungen auf einseitigen Vortrag gewöhnlich, zwekmäßig, rechtlich. Aber in beyden Fällen sind Zwek, Rechtfertigung und Würkung der Ordination durchaus verschieden.

A. Ordinationen auf Querelen sezzen eine Beschwerde über einen unterrichterlichen Willensakt voraus. Dieser

Willensakt bezieht sich auf Instruktion oder auf Vollziehung. In beyden Fällen enthält er keine Rechtsdeklaration zum Vortheil des Gegners. Der Querulant hat es zunächst mit dem Unterrichter, nicht mit dem Querulaten zu thun. Diesen oder das vermeinte Recht desselben bekämpft er nicht. Der Querulat hat daher kein Recht zu vertheidigen. Die Vernehmlassung desselben ist in der Regel ohne Zwek.

Der eigentliche Gegner des Querulanten ist der vorige Richter. Der Oberrichter ist als sein Vorgesezter angerufen. Ist eine Vertheidigung nöthig, so liegt sie dem Unterrichter ob.

Es folgt hieraus, daß in der Regel eine Verhandlung zwischen dem Querulanten und dem Querulaten überflüssig ist, und daß eben darum in der Regel und der Natur der Sache nach bey Querelen auf einseitigen Vortrag des Querulanten ordinirt oder brevi manu geholfen werden muß.

Auch einer besondern Vernehmlassung des Unterrichters bedarf es gewöhnlich nicht. Dieser wird aus den Vorakten und aus dem sie begleitenden Bericht vernommen. Ist dieser Bericht schon der Form nach informativ, so nimt er doch der Sache nach die Natur einer Vertheidigung an.

So die Regel. Es können Ausnahmen eintreten.

Digitized by Google

Es kann die Vernehmlassung des Querulaten zur bessern Information des Oberrichters nöthig seyn. Dann wird allerdings zwischen beyden streitenden Theilen gehandelt. Aber die Handlung des Querulaten hat nicht die Natur der Vertheidigung seines Rechts, sondern einer berichtlichen Aufklärung seiner Verhältnisse. Hat z. B. der Unterrichter die Abhörung eines Zeugen verweigert, so kann der Querulat die beste Information über die gänzliche Inhabilität desselben geben. Hat der Unterrichter die Veräusserung eines Vermögensstüks des Concursschuldners auf Antrag des Curators genehmigt oder ratificirt, und der Schuldner darüber querulirt, so kann der Querulat oder der Curator am besten die jene Maasregel rechtfertigenden Gründe nachweisen. Aber darum ist doch der Bericht des Unterrichters nicht weniger eine Vertheidigung seiner Maasregel, die Vertheidigung des Querulaten nicht weniger eine Information über die Zwekmäßigkeit derselben.

Die Würkung einer Ordination bey Querelen, ist der Würkung einer richterlichen Verfügung, welche keine Rechtsdeklaration enthält, gleich. Die abgeänderte Verfügung des Unterrichters war keiner Rechtskraft fähig, eben so wenig ist es die abändernde Verfügung des Oberrichters. Der Querulat kann sich bey dem ordinirenden Richter selbst, er kann sich aber auch bey dem demselben vorgesezten Rich-

Digitized by Google

ter beschweren. Im ersten Fall muß er sich der Einwendung der Erschleichung bedienen, im zweyten nimt er selbst die Rolle eines Querulanten an. Im ersten Fall kann der ordinirende Richter selbst, ohne Inkonsequenz, ohne dem Grundsaz zu nahe zu treten, daß der Richter sein eignes Urtheil nicht zurüknehmen könne, seine Verfügung abändern; im lezten Fall kann der Oberrichter des Oberrichters wieder ordiniren.

Ordinationen auf Querelen kann der Richter in der lezten Instanz eben so unbedenklich erlassen, als derjenige Richter, welcher noch einen höhern über sich erkent. Beyde haben eine gleiche Verbindlichkeit, nach Einsicht der Vorakten, nach allenfallsiger berichtlichen Vertheidigung des Unterrichters, auf die Beschwerdeausführung des Querulanten, ohne in der Regel den Querulaten zu vernehmen, rechtlich zu verfügen. Nur kann die Ordination des obersten Instanzrichters blos durch die Einwendung der Erschleichung vom Querulaten bekämpft werden, indeß die Ordination des ihm subordinirten Oberrichters, entweder durch diese Einwendung beym nemlichen Richter, oder durch eine Beschwerde bey seinem Vorgesezten angegriffen wird.

Daß der Querulant seine Beschwerde in die Form einer Appellation eingekleidet und Nothfristen wahrgenommen hat, ändert nichts in den processualischen Verhältnis-

Digitized by Google

sen. Sein Misgrif oder seine List kann die Ordnung der Dinge nicht verkehren, die oberrichterliche Ordination nimt doch darum nicht die Natur eines Urtheils an und wird keiner Rechtskraft fähig.

Dies sind lauter Folgerungen aus gegebnen Begriffen. Ich beziehe mich hier auf dasjenige, was ich in der Abhandlung über den Unterschied zwischen Appellation und Querel S. 22—59. gesagt habe. Es ist derjenige Theil der Lehre von Ordinationen, welchen ich in frühern Schriften fast gar nicht bearbeitet finde.

B. Ganz anders verhält es sich bey Ordinationen auf Appellationen. Alle Verhältnisse sind hier vielseitiger und verwikkelter. Der Rechtfertigungsgrund der Ordination und die Würkungen derselben sind himmelweit von dem verschieden, was bey Ordinationen auf Querelen eintritt.

Appellationen sind Beschwerden gegen Rechtsdeklarationen, gegen unterrichterliche Erkentnisse über streitige Partheyenrechte. Der Appellat ist der angegriffene Theil. Es wird — wenn ich mich so ausdrükken darf — das ihm zudeklarirte Recht vom Appellanten bekämpft. Nur er — nicht der Unterrichter — ist zur Vertheidigung dieses Rechts berechtigt und berufen. Der Unterrichter hat bey der Rechtsdeklaration seine Meinung ausgesprochen und ist wegen der Richtigkeit derselben niemand zur Rede zu stehen schuldig. Sein Appellationsbericht ist seiner Natur

Digitized by Google

nach, nicht wie bey der Querel justifikativ, sondern blos informativ. Dagegen ist die Vernehmlassung des Appellaten immer ihrer Natur nach Vertheidigung gegen den Angrif des Appellanten. — Durch eine Ordination auf den Beschwerdelibell wird ihm die Vertheidigung genommen; es wird ein Urtheil gegen den Ungehörten gesprochen. Verurtheilung des Unvertheidigten aber ist ihrer Natur nach nichtig.

Ordination auf einseitigen Vortrag des Appellanten kann daher nie Regel seyn. Die Abkürzung des Verfahrens verdient, wenn sich sonst nichts zur Rechtfertigung der Ordination sagen läßt, keine Rüksicht. Nie kann ein Klugheits- oder Anrathungsgrund eine Rechtsverlezzung heiligen. *) Vertheidigung gehört zu den unverlezbarsten Rechten der Natur. Urtheil ohne Gehör enthält eine unverantwortliche Kränkung dieses Rechts.

Eine auf den Beschwerdelibell in der Form eines Relevanzbescheides ertheilte Ordination gehört daher nothwendig zu den Ausnahmen. Die Rechtfertigung dieser Ausnahme kann nur in dem Thatumstand enthalten seyn, daß der Zwek der Vernehmlassung des Appellaten schon sichtbar erreicht ist; — mit andern Worten: — die

*) — — Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitima admittantur. Clementin. Lib. V. T. 2. de verb. sign. cap. 2.

Digitized by Google

vollständige Vertheidigung des Appellaten muß schon in den Vorakten enthalten seyn.

Dies ist nicht genug. Der Appellat hat durch die positive Gesezgebung Rechte erhalten, die ausser den natürlichen Gränzen seiner Vertheidigung liegen. Er hat einmal gleich dem Appellanten das Recht der neuen Ausführung und des neuen Vorbringens. Dieses neue Vorbringen kann ein sonst den Appellanten beschwerendes Urtheil des vorigen Richters als nicht beschwerend darstellen. Er hat zweytens nach Erkennung der Appellationsprozesse das Recht seine eigne Beschwerden gegen eben das Urtheil oder gegen eben den Punkt des Urtheils auszuführen, gegen welchen sein Gegner Beschwerde erhoben hat. Man kann das erste Recht ein von der Gesezgebung dem Appellaten beygelegtes positives Vertheidigungsmittel, man kann das zweyte ein positives Recht auf gegenseitigen Angrif oder auf Rekonvention in der Appellationsinstanz nennen. Beyde Rechte können durch eine voreilige Ordination verkümmert werden. Der ordinirende Richter muß daher aus den Vorakten die Beruhigung schöpfen, daß beyde sichtbar nicht verlezt sind.

Die Frage: wann tritt die Ausnahme von der Regel oder der Fall ein, in welchem der Richter gegen den unvernommenen Appellaten ordiniren darf — lößt sich hier noch in folgende Fragen auf:

Digitized by Google

1. Wenn zeigen die Vorakten, daß der Appellat schon vollständig gegen das Vorbringen des Appellanten vertheidigt sey?

2. Wenn zeigen sie, daß er nicht durch neue Ausführung und neues Vorbringen das vorige Urtheil werde rechtfertigen können?

3. Wenn darf der Oberrichter annehmen, daß der Appellat das vorige Urtheil nicht durch eigne Beschwerden werde anzufechten im Stande seyn?

Es sey mir erlaubt jeder dieser Fragen eine besondere Ausführung zu widmen.

ad 1. Wenn zeigen die Vorakten, daß der Appellat schon vollständig gegen das Vorbringen des Appellanten vertheidigt sey?

Ist das Faktum völlig klar und nur in der Anwendung desselben auf das Gesez vom vorigen Richter gefehlt, trägt der Appellant in dem Beschwerdelibell keine neue Thatsachen, welche die rechtliche Beurtheilung ändern könnten, vor, gründet er seine Beschwerden auch auf keine neue, in den Vorakten nicht enthaltene Rechtsdeduktion, hat der Appellat sich über das in den Vorakten liegende Faktum überall bestimt und vollständig erklärt, so ist seine Vertheidigung erschöpft; der Zwek seiner Vernehmlassung ist erreicht. Der Richter kann — wenn nicht Rük-

Digitized by Google

sichten für die dem Appellaten zustehende Rechte des neuen Vorbringens und des gegenseitigen Angrifs des vorigen Urtheils etwas anders bestimmen — ohne Verlezzung seiner Pflichten, die ganze weitere Verhandlung durch eine Ordination abkürzen.

Es darf keine der aufgezählten Bedingungen fehlen,

a. das Faktum muß völlig klar in den Vorakten feststehn. — Die Vernehmung beyder Theile hat vorzüglich die Feststellung der eingestandenen und der nicht eingestandenen Thatsachen zum Zwek. Liegt das, was am Faktum zugegeben und geleugnet wird, noch im dunkeln, so ist freylich die Litiskontestation fehlerhaft (nicht eben nichtig); eine weitere Verhandlung kann indessen das Faktum zu größerer Klarheit bringen. Die Vertheidigung des Appellaten gegen die zu seinem Nachtheil vom Appellanten behauptete Thatsachen kann dadurch vervollständigt werden. Es würde Misgrif seyn ihn von einer solchen Verhandlung auszuschliessen.

b. der vorige Richter muß blos in der Anwendung des Faktums auf das Gesez gefehlt haben. Diese Anwendung gehört eigentlich zu der positiven Thätigkeit des Richters. Richtige oder unrichtige Rechtsdeduktionen der Partheyen können hierin nichts abändern. Sehr verschieden von der Anwendung gewisser

und klarer Gesezze auf gewisse und klare Thatsachen ist die Würdigung der quantitativen Gewisheit der Thatsachen selbst. Hier sind die Urtheile individueller, die Ansichten vielseitiger. Vom Gesez verlassen findet sich hier der Richter an seinen bloßen Menschensinn verwiesen. In der Beweisinstanz — wenn es auf die Frage ankömt, ob ein Beweis geführt sey oder nicht, — sollte daher nie auf einseitigen Antrag reformirt werden. Man kann hier den vorigen Richter keiner fehlerhaften Anwendung des Faktums auf das Gesez beschuldigen. Individuelle Ansichten entscheiden, der Oberrichter muß alle, auch die individuelle Ansicht des Appellaten vernehmen. Auch kann der Oberrichter unmöglich wissen, ob nicht der Appellat durch neue Beweise das auf den vorhin geführten Beweis nicht richtig abgefaßte vorige Urtheil werde rechtfertigen können.

c. der Appellant muß seine Beschwerden nicht auf neue Thatsachen gründen. — Es versteht sich von selbst, daß der Appellat erst nothwendig darüber zu vernehmen ist.

d. der Appellant muß seine Beschwerden auch nicht durch neue rechtliche Ausführungen gerechtfertigt haben. — Diese Behauptung wird Widerspruch finden. Ich muß sie ausführlich vertheidigen.

Rechtsausführungen, wird man einwenden, gehö-

ren in das Gebiet der positiven richterlichen Thätigkeit. Die Partheyen könnten sie ganz sparen. Sie entwikkeln dem inneren Auge des Richters, was er von selbst sehen muß. Sie sind im Grunde stillschweigend in der einfachen Darlegung des Faktums enthalten. Die Anwendung desselben aufs Gesez ist in der Hand der Parthey eine Krükke, der sich nur der faule und pflichtvergesne Richter bedienen wird. — Ob daher neue Rechtsausführungen im Beschwerdelibell enthalten sind oder nicht, ist ganz gleichgültig. Der Richter hätte sie selbst machen müssen, wenn auch der Appellant kein Wort davon gesagt hätte. Der Richter darf und wird davon, daß die Parthey ihm vorgearbeitet habe, keine Notiz nehmen.

Ausserdem — wird man weiter einwenden — enthält die neue Rechtsausführung entweder Wahrheiten, welche die Logomachie des appellatischen Anwaldes nicht wegzuräumen im Stande ist, oder sie enthält ein sophistisches Gewebe von Schlüssen, welches den Beyfall des Richters nicht erschmeicheln darf, und welches eben darum der Appellat nicht zu widerlegen braucht. Im ersten Fall würde seine Vernehmlassung fruchtlos, im zweyten würde sie überflüssig seyn. Und wenn dennoch der Richter im zweyten Fall das vorige Urtheil brevi manu abgeändert hätte, so würde ihn nicht die neue Rechtsdeduction des

Appellanten, sondern blos der Inhalt der Vorakten dazu bestimt haben.

Dieses Raisonnement mag logisch richtig seyn; aber gewis nicht psychologisch. — Was in aller Welt hat die Psychologie mit der Theorie des Civilprocesses zu thun? wird man vielleicht weiter fragen. — Sehr viel. Die durch kein Gesez verstatete Ordinationen können blos aus der Natur der Sache gerechtfertigt werden. Zur Natur der Sache gehört aber auch die psychologische Natur des Richters als Menschen.

Denn — es gibt tausend feine Beziehungen des Faktums auf das Gesez, welche das Auge des gewöhnlichen Richters nicht sieht, wenn man sie ihm nicht zeigt. Jedes nur halbweg verwikkelte rechtliche Verhältniß ist mannigfaltiger Ansichten fähig. Nachdem diese oder jene Seite herausgehoben, hier Licht verbreitet, dort Schatten aufgetragen wird, ändert sich die Beurtheilung, freylich nicht für den Richter von höherem Scharfsinn, den kein Trugschluß blendet, der mit der vollständigsten Uebersicht über das System der Gesezgebung jene selbstständige Kraft des Urtheils verbindet, welche den Künsten der Syllogistik und dem Zauber der Darstellung widersteht. Allein welcher Richter ist berechtigt sich für einen so seltnen Sterblichen zu halten? Welche Proceßtheorie darf ihn postuliren? — Er erfüllt seine Pflicht, wenn er sieht, was

ihm die Parthey oder der ruhige Blik des gewöhnlichen Geschäftslebens zeigt. Zur Erspähung feinerer Verhältnisse und Beziehungen ist er bey der unbefangenen Seelenstimmung, welche das Gesez vom Richteramt fordert, nicht berufen; sie bleibt dem durch eignes Interesse erhöhten Scharfsinne der Parthey überlassen.

Denkt man sich den Kopf des Richters als den passiven Schauplaz des Partheyenkampfs um richterlichen Beyfall, so wird man wohl dem einen Theil das Recht nicht einräumen dürfen, auf jenem Schauplaz vortheilhafte Veränderungen zu erwürken, ohne dem andern ein gleiches Recht zuzugestehn. Nimt man an, daß die Parthey den Kopf des Richters nicht blos durch die Berufung auf Thatsachen, sondern oft noch mehr durch die mehr oder weniger künstliche Struktur dieser Thatsachen zu bearbeiten sucht, nimt man an, daß eine recht gründlich ausgearbeitete Rechtsdeduktion auf den gewöhnlichen Richter gleich einer Information würkt, indem ihn der Deducent auf vieles aufmerksam macht, was sein unbefangener Sinn nicht würde wahrgenommen haben, übersieht man nie, daß der Gegner nothwendig und vor der richterlichen Entscheidung von allem dem informirt werden muß, wovon der Richter informirt worden ist, damit ihm überall der Weg zur Gegeninformation geöfnet und gesichert bleibe, vergißt man endlich nicht,

daß eine rechtliche Gegendeduktion nichts anders ist, als eine Exceptionalhandlung vor dem Richterstuhl des Scharfsinnes, — so wird von selbst folegn, daß ein Urtheil in der Form eines Relevanzbescheides auf eine neue Rechtsausführung im Beschwerdelibell, einen eben so unverantwortlichen Verstoß gegen das audiatur et altera pars darstellt, als eine Ordination auf neues faktisches Vorbringen.

e. der Beklagte muß gegen das Vorbringen des Appellanten in den Vorakten schon vollständig vertheidigt seyn. — Diese Bedingung ist im Grunde schon in den vorigen enthalten. Die Vertheidigung des Appellaten ist entweder wegen fehlender bestimter Antwort desselben auf das vom Gegner vorgetragene Faktum, oder auf die von ihm geführte Rechtsdeduktion mangelhaft. Im ersten Fall ist das Faktum nicht völlig klar, im zweyten ist es eben so, als wenn der Appellant erst im Beschwerdelibell eine neue Rechtsausführung vorgelegt hätte. Der Appellat ist noch mit keiner Gegendeduktion aufgetreten, und hat sich noch nicht des Rechts der Gegenwürkung auf den richterlichen Scharfsinn bedient.

Treffen alle ausgeführte Bedingungen zusammen, so ist der Appellat gegen den im Gravatorialibell des Appellanten enthaltenen Angrif des vorigen Urtheils schon voll-

Digitized by Google

ständig geschüzt. Seine weitere Vernehmlassung würde zwekloß seyn. Sie kann als eine müssige Form vom ordinirenden Richter umgangen, und das Recht des Appellanten im Relevanzbescheid sogleich — wenn nicht andre Rükſichten eintreten — deklarirt werden. Es kömt nemlich weiter darauf an

ad 2. ob die Vorakten zeigen, daß der Appellat nicht durch neue Ausführung oder neues Vorbringen das vorige Urtheil werde rechtfertigen können?

Es gibt allerdings Fälle, in welchen sich die Unmöglichkeit einer Rechtfertigung des vorigen Urtheils durch neues rechtliches oder faktisches Vorbringen nicht schlechterdings behaupten läßt. Ist neues rechtliches Vorbringen möglich, so ist dasjenige zu wiederhohlen, was ich über die in den Vorakten fehlende Gegendeduktion des Appellaten sagte. Gewöhnlicher sind die Fälle, in welchen das Vorbringen neuer Thatsachen denkbar bleibt. Sie bedürfen keiner Erklärung. Im Beweisverfahren können neue Urkunden den mit Unrecht vom vorigen Richter für vollständig erklärten Beweis vervollständigen. Der Appellat kann Thatsachen nachweisen, aus welchen die Gültigkeit einer vom vorigen Urtheil mit Unrecht für gültig erklärten Handlung dennoch folgt u. s. w.

Es gibt aber auch Fälle genug, in welchen aus den

Vorakten selbst die baare und pure Unmöglichkeit einer Rechtfertigung des vorigen Urtheils durch Nachakten hervorgeht. Es gibt Fälle, in welchen die durch den unterrichterlichen Misgrif überraschte gesunde Vernunft des Oberrichters beym ersten Blik frägt: Wie konnte so erkant, wie kann dieses Erkentniß vertheidigt werden? Es ist z. B. der Beweis abgeschnitten, es ist bey der klarsten Litiskontestation auf den Beweis offenbar irrelevanter Thatsachen interloquirt worden. Welches verborgene Faktum, welche verschwiegene Rechtsdeduktion könnte hier das beschwerende Erkentniß retten? Wie könnte die Exceptionalhandlung die Natur der Sache ändern? Welche rechtliche Rükſicht sollte dem Richter untersagen, sofort durch den Relevanzbescheid die Beschwerde zu heben?

Nur eine Rükſicht. Die Rükſicht auf die mögliche Rekonvention oder auf den gegenseitigen Angrif des Appellaten. Sie führt mich zur Untersuchung der Frage:

ad 3. Wenn darf der Oberrichter annehmen, daß der Appellat das vorige Urtheil nicht durch eigne Beschwerden werde angreifen können?

Die Vorschrift des römischen Rechts C. VII. 62. 39. Ampliorem providentiam etc. etc. wird bey der Beantwortung dieser Frage vorzüglich wichtig. Sie gebietet dem Richter Achtung für die mögliche gegenseitige Be-

Digitized by Google

schwerde des Appellaten. Eine reformirende Rechtsdeklaration im Relevanzbescheid würde offenbar den Appellaten vom eignen Handeln gegen das vorige Urtheil gesezwidrig ausschliessen. Der Oberrichter darf daher bey einer aus der Lage der Acten resultirenden Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit einer gegenseitigen Beschwerde desselben, nicht auf den einseitigen Vortrag des Appellanten das Verfahren durch eine Ordination abkürzen. Nur wenn jene gegenseitige Beschwerde durchaus unmöglich, vollkommen undenkbar ist, fällt alle Bedenklichkeit hinweg. Es gibt noch ein dritter Fall. Die gegenseitige Verlezzung des Appellaten kann klar und unverkennbar aus den Vorakten hervorgehn. Es ist vernünftig anzunehmen, daß er darum nicht selbstständig appellirt habe, weil sein Gegner ihm zuvorkam. Es ist zu erwarten, daß er in der Exceptionalhandlung seine Verlezzung zur Sprache bringen und die Aufhebung derselben verlangen werde. Soll hier der Oberrichter dieses Verlangen abwarten, und durch Ertheilung eines Relevanz- und Mittheilungsbescheides den Weg zur Verhandlung öfnen? Oder darf er durch eine Ordination die Beschwerde des Appellanten und die Verlezzung des Appellaten zugleich aufheben? — Beym ersten Blik scheint diese Frage nicht vielseitig. Alle richterliche Thätigkeit, wird man sagen, ist negativ, alle Reform im höhern Instanzurtheil durch den Antrag des Verlezten

bedingt. Der Oberrichter darf dem Appellaten seine Hülfe nicht aufdringen; er muß seine Aufforderung abwarten. Genug wenn er ihm den Weg zur Geltendmachung seines Rechts offen hält. Es bleibt daher in einem solchen Fall nichts anders als die Einleitung des Appellationsverhandelns übrig.

Diese Antwort scheint die natürlichste. Und doch gibt es nach dem positiven Gesez noch eine andere. Es läßt sich auch in diesem Fall eine Ordination als wohlthätige Abkürzung des Verfahrens, es läßt sich sogar eine Urtheilsreform von Amtswegen rechtfertigen.

Die Verordnung Ampliorem providentiam etc. etc. unterscheidet sehr bestimt den anwesenden vom abwesenden Appellaten. Die gegenseitige Beschwerde des ersten soll der Richter im schließlichen Urtheil nur auf sein Verlangen, *) die gegenseitige Beschwerde des abwesenden dagegen von Amtswegen **) berüksichtigen. Was ist aber der ungeladene Appellat anders als ein abwesender unvertheidigter Gegner? Der Richter, sagt das Gesez, soll seine Stelle vertreten. Was heißt das wohl

*) Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit et causas appellationis suae proposuerit: habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si praesto fuerit, hoc facere et judiciale mereri praesidium.

**) Sin autem absens fuerit nihilo minus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.

Digitized by Google

anders, als der Richter soll nach einer gesezlichen Fiktion annehmen, der Appellat habe das, was er hätte rechtlich verlangen können, würklich verlangt. — Dies vorausgesezt ist auch in einem solchen Fall die Ordination — und zwar hier zum Besten des Appellaten — zulässig; sie enthält für beyde Theile Wohlthaten, spart beyden den Kosten- und Zeitaufwand des Verfahrens, läßt jedem sein Recht widerfahren, dem einen, weil er es würklich, dem andern, weil er es nach einer gesezlichen Fiktion gefordert hat.

Ich sehe voraus, daß viele meiner Leser sich gegen die aus C. VII. 62. 39. gezogene Folgerungen sträuben werden. Das Neue und Unerwartete erregt Mistrauen. Ein dunkles durch Anhänglichkeit an das hergebrachte erzeugte Gefühl wird durch Gründe für eine neue Meinung desto mehr beunruhigt, je weniger es sich selbst durch Gegengründe auszusprechen vermag. — Für Leser dieser Art sey es mir erlaubt, meine Behauptung durch Beyspiele zu erläutern. Sie würken mehr als abstrakte Theorie.

Aus einer abgeschlossenen Rechnung klagte A gegen B; der Beklagte sezte dem nicht geleugneten Rechnungsabschluß, mithin dem Fundament der Klage die Einrede der Trunkenheit entgegen. Der Richter erster Instanz verurtheilte den Beklagten auf die erwiesene Klage und verwarf stillschweigend die derselben entgegen gesezte Einrede.

Digitized by Google

Der Beklagte appellirte. Es wurde in der zweyten Instanz gehandelt. Der reformatorische Spruch ging dahin: daß der Kläger den Grund seiner Klage besser zu beweisen habe. Jezt trat in der dritten Instanz der Kläger als Appellant auf und verlangte die Wiederherstellung des ersten Urtheils.

Das Faktum war klar, die Vertheidigung beyder Theile vollständig, neues faktisches den Streitpunkt ändernes Vorbringen nicht denkbar.

Offenbar waren beyde Theile verlezt; — der jezzige Appellant durch die Aufgabe des bessern Beweises einer durch den anerkanten Rechnungsabschluß schon bewiesenen Klage, der Beklagte durch die Verwerfung einer auf ein relevantes Faktum gegründeten Einrede.

Beyde Verlezzungen wurden durch die auf den Beschwerdelibell erlassene Ordination gehoben, daß zwar die Klage für bewiesen zu halten und Beklagter zur Bezahlung des laut eignem Anerkentniß schuldigen Rükstandes anzuweisen, jedoch ihm der Beweis seiner jenem Anerkentniß entgegengesezten Einrede der Trunkenheit binnen peremptorischer Frist vorzubehalten sey.

Eine zuzulassende Exceptionalhandlung des Appellaten konnte zum Vortheil desselben nichts abändern.

Er konnte nichts weiter als seine aus den Vorakten

Digitized by Google

resultirende Verlezzung geltend machen, wegen welcher er schon einmal appellirt hatte.

Vor der Mittheilung der Beschwerdehandlung war er als abwesend oder als unvertheidigt zu betrachten. Nach der gesezlichen Fiktion der Verordnung Ampliorem providentiam etc. etc. mußte richterlich angenommen werden, daß er die Aufhebung der ihm widerfahrnen Verlezzung verlangen werde.

Unter diesen Umständen war die Erlassung einer Ordination eine Wohlthat für beyde Theile. Sie war ein durch processualische Klugheit angerathenes Abkürzungsmittel des Verfahrens, welchem kein Rechtsgrund im Wege stand.

Noch ein anderes Beyspiel.

Die Ehefrau des X machte ihren Ehemann nach siebenmonatlicher Ehe zum putativen Vater eines Kindes, welches der Amtmann Y sollte erzeugt haben. Die Scheidungsklage, so lautete das Gerücht, verhinderte der Amtmann Y durch Abfindung des beschimpften Ehemanns und durch die versprochene Alimentation des Kindes. Als nach einigen Jahren das angebliche lezte Versprechen nicht erfüllt wurde, traten die Eheleute X klagend gegen den Amtmann Y auf. Sie verlangten die Alimentation des Kindes. Sie stüzten ihre Klage auf die Vaterschaft und auf das Versprechen des Beklagten. Dieser leugnete das dop-

Digitized by Google

pelte Klagfundament. Zum Beweise der Vaterschaft producirten Kläger einen von einem verstorbenen Kapuziner angeblich geschriebenen Brief. Nach Inhalt desselben sollte die Xsche Ehefrau gleich nach ihrer Niederkunft dem Briefsteller, daß Beklagter Vater des Kindes sey, eröfnet, sie sollte ihn um die Gewissensrührung ihres Verführers gebeten haben. — Der Unterrichter interloquirte auf den Beweis der Thatsache, daß der verstorbene Kapuziner den zum Beweise der Klage producirten Brief geschrieben hätte. — Der Beklagte appellirte gegen dieses Interlokut. Er zeigte, daß der Beweis seiner Vaterschaft zum Nachtheil der Legitimität des Kindes nicht dürfe zugelassen, und, was die Hauptsache war, auf jeden Fall durch das aus dem producirten Brief hervorgehende Geständniß der Mitklägerin nicht könne geführt werden. Die Verlezzung des Appellanten war hiernach klar; aber eben so klar war auch die Verlezzung der Appellaten. Sie hatten noch ein anderes, offenbar relevantes Faktum, — das Alimentationsversprechen des Beklagten — behauptet. Der Beweis desselben war ihnen durch das Interlokut abgeschnitten. Sie hätten deshalb selbst appelliren, sie hätten aber auch die ihnen zugefügte Verlezzung in der Exceptionalhandlung geltend machen können. Welche Rüksicht konnte hier dem Richter eine zum Besten beyder Theile zu erlassende Ordination untersagen? Der Ap-

Digitized by Google

pellant war über allen Zweifel verlezt; kein neues rechtliches Vorbringen der Appellaten, keine bis jezt unbekante Thatsache konnte das vorige Urtheil gegen den Vorwurf retten, daß es den Sieg der Appellaten an den Beweis einer durchaus irrelevanten Thatsache geknüpft habe. Aber eben so offenbar war auch die den Appellaten zugefügte Verlezzung. Die Verordnung Ampliorem providentiam etc. etc. lag in der Mitte. Sie gebot dem Oberrichter Achtung und Rükſicht für die nichtartikulirte Beſchwerde der abweſenden und unvertheidigten Appellaten. Unbedenklich hob daher der Oberrichter auf den Beſchwerdelibell das vorige Urtheil auf, und ſubſtituirte dem darin vorgeſchriebenen Beweisthema den Beweis des von den klagenden Appellaten behaupteten Alimentationsverſprechens. Hierbey beruhigten ſich beyde Theile. Die weitere Verhandlung hatte nun den Beweis zum Gegenſtande.

Ich glaube jezt genau die Bedingungen der Zuläſſigkeit einer die Umgehung der Appellationsverhandlung bezwekkenden Ordination dargeſtellt zu haben. Ich gehe zur Unterſuchung der Würkungen derſelben über.

Die Würkung einer richterlichen Handlung muß aus ihrem Zwek und aus ihren Rechtfertigungsgründen hervorgehn.

Zwek der Ordination war Abkürzung oder vielmehr Verhinderung einer offenbar überflüſſigen Verhandlung.

Digitized by Google

Rechtfertigungsgrund derselben war der Umstand, daß der Zwek der Verhandlung — Vertheidigung des Appellaten — sowohl gegen den in der Appellation enthaltenen Angrif, als gegen die aus dem Urtheil selbst hervorgehende Verlezzung desselben — schon würklich in den Vorakten erreicht war, und vollständiger nicht erreicht werden konnte.

Fehlte in den Vorakten diese Vollständigkeit der Vertheidigung, so war die Ordination nicht gerechtfertigt. Sie war gegen den unbeschüzten, unvertheidigten, ungehörten Appellaten erlassen worden. Was von ihm gesagt wird, gilt auch vom Appellanten, bey der offiziellen richterlichen Rükficht auf die gegenseitige Beschwerde des Appellaten.

Es geht hieraus sowohl die Würkung der durch die Vorakten gerechtfertigten, als die Würkung der durch die Vorakten nicht gerechtfertigten Ordination hervor.

Jene hat ohne weiteres die Würkung eines Urtheils, einer Rechtsdeklaration. Sie geht sowohl für den Appellanten als den Appellaten in Rechtskraft über, entweder nach zehn Tagen, wegen der juristisch fingirten Einwilligung des Nichtappellirenden, oder sogleich wegen der postulirten Infallibilität des obersten Richters.

Gerechtfertigt ist die Ordination, nicht in so fern sie

eine richtige Rechtsdeklaration enthält, oder in so fern sie das würkliche Recht der Partheyen im förmlichen vollkommen darstellt, sondern in so fern der Rechtfertigungsgrund der Umgehung der Verhandlung, durchaus vollständige Vertheidigung und Vernehmlassung beyder Theile, in den Vorakten vollkommen enthalten ist.

Die nicht gerechtfertigte Ordination stellt in Hinsicht des Appellaten, und wenn zu seinem Vortheil ordinirt wurde, auch in Hinsicht des Appellanten, eine Nichtigkeit dar.

Als nicht gerechtfertigt erscheint die Ordination, nicht deswegen, weil sie eine unrichtige Rechtsdeklaration (sententiam injustam) enthält, sondern deswegen, weil nach dem Inhalt der Vorakten, die Vertheidigung beyder Theile für so vollendet nicht durfte gehalten werden, daß von einer weitern Verhandlung eine veränderte rechtliche Ansicht unmöglich gewesen wäre.

Es versteht sich indessen von selbst, daß eine durch die Vorakten nicht gerechtfertigte Ordination dennoch nicht als nichtig aufgehoben werden darf, wenn das Vorbringen des unterliegenden Theils nichts enthält, welches sie zugleich als unrichtige Rechtsdeklaration (sententia injusta) darstellt. Es würde das Gesez der processualischen Sparsamkeit verlezzen, wenn man einen Richterspruch in

Digitized by Google

der Form einer zu voreilig erlassenen Ordination vernichten wollte, von welchem man mit Gewisheit voraussieht, daß er in der Form eines feyerlich publicirten Urtheils vollständig wieder hergestellt werden müßte.

Es läßt sich leicht zeigen, daß sowohl die Würkung der durch die Vorakten gerechtfertigten, als der dadurch nicht gerechtfertigten Ordination, mit Nothwendigkeit und Consequenz aus der Natur der Sache folgt.

Die Ordination enthält eine Rechtsdeklaration; sie spricht förmliches Recht aus. Daß dieser Ausspruch in einer Periode der — wenn ich mich so ausdrükken darf — processualischen Evolution erfolgt, in welcher er, der Regel nach, noch nicht erfolgen sollte, vor und nicht nach der Verhandlung, war eine Maasregel processualischer Oekonomie und Klugheit. Der Richter fand die der Form nach erst einzuleitende Verhandlung, der Sache nach schon eingeleitet und vollendet, die der Form nach erst zu führende Vertheidigung, der Sache nach schon geführt. Er hielt es für klugheitswidrig einer um eines wesentlichen Zweks willen vorgeschriebenen Form ein Opfer in einem Fall darzubringen, in welchem der Zwek der Form schon erreicht war. Er ging deshalb ohne weiteres zur Abfassung des Richterspruchs über. Er folgte einem Anrathungsgrunde, dem er folgen durfte, sobald kein Rechtsgrund im Wege stand. — Hat er sich in seinen wesentli-

Digitized by Google

chen Voraussetzungen nicht geirrt, so mußte er seinen Zwek erreichen, und die Rechtssache in der Ordinationsform mit eben der Würkung, wie in der Urtheilsform endigen. — Hat er sich dagegen geirrt, war Verhandlung, Vertheidigung und Instruktion der Sache nach nicht vollständig, so mußte seine Ordination nothwendig in die Kathegorie eines vor vollendeter Instruktion erlassenen, mithin nichtigen Richterspruchs zurüktreten.

Es ergibt sich hieraus, mit welchen Rechtsmitteln der Appellat, und nach Umständen auch der Appellant eine auf den Beschwerdelibell erlassene Ordination zu bekämpfen habe.

Kann er nicht zeigen, daß er ungehört verurtheilt worden, so bleibt ihm kein andrer Weg, als der Weg der Appellation oder der Restitution offen.

Kann dagegen der Appellat seinen Angrif gegen die Ordination auf den Beweis gründen, daß er über das faktische oder rechtliche im Beschwerdelibell enthaltene Vorbringen des Appellanten sich nicht habe vernehmen lassen und daß die Vorakten eine Vertheidigung dagegen nicht enthalten, oder kann er in seinem neuen faktischen oder rechtlichen Vorbringen Vertheidigungsmittel darstellen, zu deren Gebrauch er nothwendig hätte müssen zugelassen werden; kann der Appellant zeigen, daß er über die vermeinte gegenseitige Verlezzung des Appellaten, welche der

Digitized by Google

Richter von Amtswegen gehoben hat, erst hätte vernommen werden müssen, so wird der Oberrichter einer Richtigkeitsbeschwerde rechtliches Gehör nicht versagen können.

In diesem lezten Fall wird die Ordination wieder aufzuheben und der Weg der weitern Verhandlung einzuleiten seyn.

Welches von diesen Rettungsmitteln der durch die Ordination verlezte Theil zu ergreifen habe, ist eine Frage, deren Beantwortung seiner Klugheit überlassen bleiben muß.

Es zeigt sich bey näherer Untersuchung, daß die Richtigkeitsbeschwerde mit gröſsern Schwierigkeiten als die Appellation und mit geringern als die Restitution verbunden sey.

Bey der Appellation hat der Appellant weiter nichts als das Fehlerhafte der Ordination als Richterspruch, das Misverhältniß zwischen dem würklichen und dem darin deklarirten Recht zu zeigen. Bey der Richtigkeitsbeschwerde muß er zeigen, daß er über dasjenige, was den Richter zu dem fehlerhaften Richterspruch bestimte, nicht sey gehört worden, und daß, wäre er darüber gehört worden, nothwendig anders hätte müssen erkant werden.

Offenbar ist dieser lezte Beweis schwerer; er beruht auf einer immer mislichen Sichtung des in den Vorakten

enthaltenen alten und des im Beschwerdelibell befindlichen neuen Vorbringens; er beruht auf der noch schwierigern Nachweisung, daß grade das neue oder wenigstens unbeantwortete Vorbringen den Inhalt der Ordination motivirt habe.

Noch schwieriger ist die Restitution. Sie beruht auf neuem faktischen Vorbringen des um Restitution Nachsuchenden selbst. Wenn er bey der Nichtigkeitsbeschwerde blos gegen den Angrif seines Gegners kämpft, wenn er darüber querulirt, daß er noch nicht zur Vertheidigung gegen diesen Angrif sey zugelassen worden, so muß er bey der Restitution selbst mit angreifenden Waffen auftreten, er muß beweisen, daß er sie noch nicht gebraucht habe.

Hat der selbst noch einem höhern Richter unterworfene Oberrichter die Ordination erlassen, so hat der Unterliegende nach Umständen zwischen allen drey Hülfsmitteln die Wahl. Doch darf nicht übersehen werden, daß alsdann die Nichtigkeitsbeschwerde auf einer heilbaren Nullität beruhe, und folglich mit der Appellation zusammenfalle. *)

*) Ich sage hier wieder etwas neues oder wenigstens ungewöhnliches. Den Beweis werde ich in der Abhandlung über unheilbare Nichtigkeiten führen. Vorläufig beziehe ich mich auf das, was S. 51, 52, und 53 bemerkt wurde.

Digitized by Google

Die Ordination wurde dem Unterliegenden als Richterspruch bekant gemacht (insinuirt). Enthält sie in dieser Eigenschaft eine Rechtsverlezzung, so flos mit der Querel, daß er über die Motive des Richterspruchs nicht sey vernommen worden, das Gravamen über verleztes oder unrichtig artikulirtes Recht in Eins zusammen. Es stand dem Unterliegenden frey, sowohl auf die Beschwerde über entzogenes Gehör, als auf das Gravamen über verleztes Recht zu verzichten. Sein zehntägiges Stillschweigen gilt für Verzicht auf beyde. Ergreift er tempestiv ein Rechtsmittel, so ist es ganz einerley, ob er blos appellirt, oder ob er die Appellation mit der Nichtigkeitsbeschwerde verbindet, ob er das ihm nachtheilige Vorbringen seines Gegners, blos weil es den Richterspruch (die Ordination) nicht rechtfertigt, angreift, oder zugleich den Richterspruch darum bekämpft, weil er auf das ihm nachtheilige Vorbringen seines Gegners noch nicht gehört worden ist.

Hatte dagegen ein inappellabler Richter die Ordination erlassen, so fällt die Appellation freylich weg, aber die Nichtigkeitsbeschwerde bleibt. Die Nichtigkeit selbst ist jezt nicht mehr wie vorhin heilbar. Denn die unwiderrufliche Gültigkeit richterlicher Vorschriften in der lezten Instanz beruht nicht mehr auf dem Verzicht der Parthey, sondern auf der postulirten Infallibilität der richterlichen Einsicht. Da es überhaupt in der obersten Instanz nicht

weiter auf Partheyenverzicht ankömt, so kann man dem Querulanten nicht einwenden, daß er durch zehntägiges Stillschweigen auf die Querel verziehen habe.

Bey der vom appellabeln Richter erlassenen Ordination absorbirt die Appellation die Querel über entzogenes Gehör, weil diese, wäre kein Gravamen vorhanden, keinen Zwek haben würde, und ohne Folgen bleiben müßte. Bey der vom inappellabeln Richter erlassenen Ordination ist keine Appellation als solche mehr denkbar. Allein die Beschwerde über entzogenes Gehör erhält doch dadurch erst Haltung und Zwek, daß das entzogene Gehör einen dem würklichen Recht nicht angemessenen voreiligen Richterspruch erzeugte. Die Nichtigkeitsbeschwerde wekt daher in der lezten Instanz der Sache nicht dem Namen nach die Appellation wieder auf, nur mit dem großen Unterschiede, daß weder Rothfeist noch Verzicht dabey eintritt, und daß der Devolutiveffekt, da der nemliche Richter zu entscheiden hat, wegfällt.

So glaube ich die Theorie über Ordinationen aus der Natur der Sache entwikkelt zu haben.

Am Leitfaden der Gesezze konnte die Untersuchung nicht fortgehn; denn Ordinationen sind den Gesezzen unbekant. Aber vom Leitfaden der Gesezgebung war die

Untersuchung nicht verlassen; denn Ordinationen gehn aus dem richtig aufgefaßten Geist derselben hervor; sie werden sogar von dem mit vorsichtiger Hand anzuwendenden Gesez der processualischen Sparsamkeit geboten. Einfach, wie ihr Rechtfertigungsgrund, ist auch die Berechnung ihrer Folgen und Würkungen.

Jezt sey mir ein Rükblik auf die Theorie meines philosophischen Vorgängers erlaubt. Ich hebe nur die abweichende Seiten seines Systems oder diejenige Punkte heraus, wo seine Ansicht sich von der meinigen scheidet.

Gönner beschreibt die Merkmale der Ordination anders; er hat eine andere Ansicht über ihre Folgen und Würkungen. — Da ich meine Untersuchung auf die vom höhern Richter erlassene, unterrichterliche Misgriffe verbessernde Ordinationen beschränkt habe, so hebe ich aus der Gönnerschen Abhandlung auch nur dasjenige heraus, was über Ordinationen dieser Art darinn gesagt wird.

Gönner beschreibt, wie ich im Eingang dieser Untersuchung bemerkte, Ordinationen negativ und positiv. Er rechnet zu ihren negativen Merkmalen, daß eine Ordination kein Urtheil, *) zu den positiven, daß sie einen Befehl des Richters auf einseitige Vorstellung **) enthalte. Beyde Merkmale werden von allen Ordina-

*) Gönner a. a. O. §. 5. 1.
**) Gönner a. a. O. §. 7. 1.

Digitized by Google

tionen behauptet. Beyde sind in Hinsicht der von mir dargestellten Hauptklasse von Ordinationen, theils falsch, theils einseitig und unbestimt ausgedrükt. — Die Ordination des Oberrichters enthält bald ein wahres Urtheil, bald eine bloße Verfügung, bald einen Reflexions- bald einen Willensakt, nachdem die Handlung des Unterrichters, gegen welche die Ordination gerichtet ist, selbst ein Urtheil oder eine Verfügung darstellt. Eine in einer wahren Appellationssache auf den Beschwerdelibell erlassene Ordination ist weder mehr noch weniger als ein Urtheil. Sie kann kein Urtheil seyn, sagt Gönner, weil auf einseitigen Vortrag, eh beyde Theile gehört sind, der Richter über Rechte und Verbindlichkeiten weder urtheilen kann noch darf, weil die Ordination auf einseitigen Vortrag erlassen wird, und weil dies grade zu ihrem wesentlichen Charakter gehört. Allein — das Erlassen der Ordination auf einseitigen Vortrag — gehört — wenn ich mich so ausdrükken darf — nur zum wesentlichen Charakter ihrer Form — keineswegs zum wesentlichen Charakter der Sache. Grade umgekehrt, muß, der Sache nach, eh ordinirt wird, der andere, nur der Form nach, nicht gehörte Theil, schon der Sache nach auf alles geantwortet, über alles sich erklärt haben, oder es muß offenbar Antwort und Erklärung überflüssig seyn. Ist dieser wesentliche Sachcharakter der Ordination verlezt,

so ist sie bey wahren Appellationen nichtig, bey Querelen öfnet sie den Weg zur Erschleichungseinrede.

„Durch die Ordination" — sagt Gönner*) weiter — „sucht der Richter unter den Partheyen, **außer und** „**anstatt der gewählten Proceßart**, das Rechts„verhältniß zu bestimmen." Nie darf der Richter einer Proceßart, welche die Parthey gewählt hat, und zu wählen befugt war, willkührlich eine andre substituiren. Die Ordination hat aber auch mit der Proceßart nichts zu thun; sie sezt voraus, daß der Proceß schon in der vorigen Instanz vollständig geführt sey, und daß die Fortsezzung desselben in der höhern keinen Nuzzen gewähren könnte. Sie substituirt in der Proceßart nichts, sondern sie beendigt den Proceß in dieser Instanz durch Richterspruch oder Verfügung. — Eben so unrichtig sagt daher Gönner gleich nachher, die Ordination solle den Streit gleich in seiner Entstehung **hindern**. — Die Ordination soll den Streit nicht **hindern**, sondern über den, an den ordinirenden Richter zur Entscheidung gebrachten Punkt, **endigen**. Sie erklärt nicht, daß nicht gestritten werden solle, sondern daß schon genug gestritten sey; sie erklärt nicht den Streit für überflüssig, sondern für erschöft.

Mit Recht hält Gönner eine Ordination in Appella-

*) Gönner a. a. O. §. 7. 3.

tionssachen, in Hinsicht des Appellanten, in so fern sie das vorige Urtheil bestätigt, für ein Urtheil, gegen welches er ein Rechtsmittel ergreifen muß. Dagegen spricht er ihr diese Eigenschaft auch in Hinsicht des Appellanten ab, wenn sie eine von ihm nicht erbetene Abänderung des vorigen Urtheils enthält. Er hält die nemliche Ordination in Hinsicht des Appellaten für ein Mittelding zwischen Dekret und Urtheil, *) für mehr wie ein Dekret, weil sie das Recht des Appellaten, nach den in den Vorakten enthaltenen Merkmalen, also nach wechselseitiger Verhandlung, bestimt, für weniger wie ein Urtheil, weil der Appellat sich in der Appellationsinstanz gegen die den reformatorischen Ausspruch motivirende Gründe nicht vertheidigt hatte.

Hätte der scharfsinnige Mann bedacht, daß wenn die Vorakten über das Vorbringen des Appellanten im Beschwerdelibell, wechselseitige vollständige Verhandlungen enthalten, der Appellat schon vollständig und virtuel vertheidigt sey, und daß im entgegengesezten Fall der Oberrichter keine Ordination erlassen, und ohne Gefahr Nichtigkeiten zu begehn, die Rechte des ungehörten Appellaten nicht bestimmen durfte — so würde es ihm nicht entgangen seyn, daß eine durch die Vorakten gerechtfertigte Or-

*) Gönner a. a. O. §. 22.

dination auch für den Appellaten ein wahres Urtheil, eine nicht gerechtfertigte dagegen nicht einmal ein gültiges Dekret enthalte.

Uebrigens folgert Gönner aus irrigen Prämissen richtig, wenn er sagt — der Appellat bedürfe vorerst noch keines Rechtsmittels gegen eine Ordination, sondern einer bloßen Remonstration bey dem nemlichen Richter. Erst wenn dieser die Ordination nicht einziehe, sey für den Appellaten die Einwendung eines Rechtsmittels nothwendig. Weiterhin wird ein Unterschied zwischen dem Fall angenommen, wenn der Appellat behauptet, daß die Ordination nach dem Vorbringen des Appellanten selbst nicht hätte sollen erlassen werden, und dem Fall, wenn der Appellat die Ordination für erschlichen erklärt, oder sich durch eignes neues Vorbringen dagegen vertheidigt. Dort soll sich der Appellat an den höhern Richter wenden, hier dem ordinirenden Richter selbst seine Gründe vorlegen. *) Ich kann kein Distinktionsprinzip für diesen Unterschied entdekken. In beyden Fällen müßte, wenn man aus den Gönnerschen Prämissen consequent folgern wollte — die Einrede der Erschleichung den Appellaten, beym nemlichen Richter schüzzen.

*) Gönner a. a. O. §. 23.

Doch die Prüfung dieser und anderer Behauptungen meines achtungswürdigen Vorgängers würde mich zu weit führen. Ich wollte keine polemische Abhandlung schreiben. Die Gönnersche Ordinationentheorie ist auf die Ordinationen der Reichsgerichte berechnet. Der Begrif der Ordination ist nach den unter diesem Namen bekanten Verfügungen der Reichsgerichte geformt. *) Der Verfasser hält es für ausgemacht, daß die Reichsjustiz der Territorialjustiz mit Ordinationen vorangegangen sey. Wäre diese Behauptung richtig, so müßten die Ordinationen der Territorialgerichte aus den Ordinationen der Reichsgerichte erläutert werden. Es verhält sich aber grade umgekehrt. Und eben darum ist die Kentniß der reichsgerichtlichen Ordinationen für den gemeinen deutschen Proceß entbehrlich und fruchtloß.

*) Aber auch in dieser Hinsicht ist die Gönnersche Darstellung sehr fehlerhaft. Die reichsgerichtliche Ordinationen werden weder in ihrem Begrif noch in ihren Würkungen richtig aufgefaßt. Nach der Absicht der Reichsjustiz waren Ordinationen freylich weder Urtheile noch Dekrete. Auch sollten sie den Streit in der höhern Instanz in seiner Entstehung hindern. Aber darum waren sie doch keine Befehle. Sie enthielten einen bloßen Rath für den Unterrichter, bloße Winke für die Parthey. Eben darum wurde auch häufig vor Einleitung des Mandats oder Citationsverfahrens, ordinirt. Ordinationen kamen im Extrajudicialverfahren vor. Mehr als Rath und Wink konnten sie schon dieses Umstandes wegen, der Natur der Sache nach nicht enthalten.

Digitized by Google

Es sey mir zum Schluß dieser Abhandlung der Beweis dieser nie anerkanten Wahrheit erlaubt.

Die eigentliche Quelle von Ordinationen ist in der leichten Entdekkung der Wahrheit zu suchen, daß zwekmäßigen Sachverfügungen des höhern Instanzrichters, nicht nothwendig eine Verhandlung in dieser Instanz vorangehn muß, daß Verhandlungen der zweyten und dritten Instanz in tausend Fällen eine pure Wiederhohlung der vorigen Instanzverhandlungen darstellen, und daß daher der Richter gleich bey der Eröfnung des Appellationsverfahrens ohne prophetischen Geist voraussehen kann, daß ihm beyde Theile grade das wieder vortragen werden, was sie schon seinen Vorgängern vorgetragen hatten, und was in den Acten zu lesen ist. Hier mußte von selbst der Gedanke entstehen, auf eine materiel vollendete Verhandlung, ohne Zulassung einer zwekkosen formellen, sogleich ein Urtheil in der zweyten oder dritten Instanz zu gründen.

Die historische Entstehung von Ordinationen findet sich daher in Verfügungen und Urtheilen höherer Instanzen. Ordinationen in Citations- und Mandatssachen konnten bey Territorialgerichten nicht vorkommen. Ordinationen dieser Art können in der Theorie des gemeinen deutschen Processes, als eine Erfindung der Reichsgerichte, übergangen werden.

Digitized by Google

Vor dem jüngsten Reichsabschied zeigt — so viel ich weis — die Geschichte des deutschen Justizwesens keine Beyspiele von oberrichterlichen Sachverfügungen auf einseitigen Vortrag. Der Beschwerdelibell wurde so wenig bey den Reichs- als bey den Territorialgerichten vor der Erkennung des Appellationsprocesses übergeben. Das Appellationsverfahren war daher schon vollständig eingeleitet, eh noch der Oberrichter über die Lage der Sache, über den eigentlichen Streitpunkt und über die wechselseitige Vertheidigung zu urtheilen im Stande war.

Indem der jüngste Reichsabschied verordnete, daß der Bitte um Appellationsprocesse der Beschwerdelibell als Beylage beygefügt werden sollte, war der Weg zu Ordinationen gebahnt. Diese Verordnung verbesserte die Reichs- und Territorialjustiz zugleich. Sie wurde bey den beyden höchsten Reichsgerichten und bey den Territorialobergerichten beobachtet. Jezt kam der Oberrichter noch vor der Erkennung der Appellationsprocesse zur Kentniß der Struktur der Sache. Hatte der Appellant für vollständige Beurkundung des Beschwerdelibells in beglaubter Form gesorgt, so erlangte der Oberrichter die Kentniß der ganzen Verhandlung und der wechselseitigen Vertheidigung, eh er noch Compulsorialien erlassen hatte.

Das unmittelbar nach dem Westphälischen Frieden

für die deutsche Staaten der Krone Schweden errichtete Oberappellationsgericht zu Wismar überzeugte sich zuerst, daß in einem solchen Fall, bey klarer und einfacher Darlegung der Beschwerden, bey der durch den Appellanten selbst bewürkten vollständigen Instruktion des Oberrichters, bey der daraus hervorgehenden Vollständigkeit der Vertheidigung beyder Theile, Compulsorialien umgangen und auf den bloßen Beschwerdelibell erkant werden könnte.

Von in solchen Fällen erlassenen Ordinationen finden sich Beispiele genug in den Schriften des Präsidenten des Schwedischen deutschen obersten Justizhofs Mevius. Sie werden durch die Natur der Sache, durch die Forderungen der processualischen Oekonomie *) und seltsam genug durch Stellen aus dem römischen und canonischen Gesezbuch **) — da doch die durch den jüngsten Reichsabschied

*) Quod fieri potest per pauca, non faciendum per plura.

**) Z. B. durch L. un. C. de libertate latina tollenda (C. VII. T. 6.) L. 15. C. de rescindenda venditione (IV. 44.) L. 13. §. 1. C. de judiciis (III. 1.) L. 21. D. de rebus creditis (XII. 1.) Mevii Dec. P. 1. D. 66. Man spare sich unbedenklich die Mühe des Nachschlagens. Die beyden erstangeführten Stellen enthalten nichts vom Proceß, die dritte befiehlt dem römischen Judex sein Verfahren binnen drey Jahren zu beendigen, und die vierte dem Prätor Processe zu vermindern.

Digitized by Google

eingeführte Proceßform, weder dem römischen noch dem canonischen Recht bekant seyn konnte — gerechtfertigt.

Die Ordination der schwedisch deutschen Justiz war eine aus der Natur der Sache geschöpfte Erfindung des Gerichtsstyls. Funfzig Jahre später finden wir die Ordination als Vorschrift der Justizgesezgebung in der Zellischen Oberappellationsgerichtsordnung. Sie ist an Formen gebunden, es sind Rechtsmittel dagegen sanktionirt. *)

Jene Gerichtsordnung verstattet dem Oberrichter, wenn der Appellant durch die beygelegte Aktenstükke seine Beschwerde vollkommen dargelegt und begründet hat, durch ein Rescriptum de emendando nicht allein die Fehler des Processes zu verbessern, sondern selbst das vorige Urtheil in der Hauptsache abzuändern. Es müssen Entscheidungsgründe in dem Rescript ausgedrükt seyn. Der Appellat hat dagegen das Beneficium oder Remedium elisionis rationum. Wird seine Gegenausführung als unerheblich verworfen, so hat das Verfahren ein Ende. Im entgegengesezten Fall wird das Rescriptum de emendando — die Ordination — eingezogen, und der Weg zur Verhandlung geöfnet.

Das Tribunal zu Zelle ging in der Folge von Or-

*) F. v. Bülow über die Verfassung, die Geschäfte und den Geschäftsgang des Oberappellationsgerichts zu Zelle. — Th. I. S. 64. Th. II. S. 183.

Digitized by Google

dinationen vor erlassenen Compulsorialien ab. Zu größerer Vorsicht wurden die Vorakten vorher eingefordert. Aber dennoch blieb das Remedium elisionis rationum.

Zu Wismar und Zelle blieb das Erlassen oder Nichterlassen von Ordinationen oder Sachverfügungen auf einseitigen Vortrag, dem richterlichen Ermessen anheim gegeben. Zwanzig Jahre später entstand bey dem Jülich- und Bergischen Revisionsgericht zu Düsseldorf *) nicht dem Namen aber der Sache nach ein eigentlicher Ordinationenproceß, dem der Richter nicht ausweichen konnte, sobald die Parthey ihn gewählt hatte. Es war eine eigne Instanz, in welcher nie gehandelt werden durfte, sondern sogleich auf einseitigen Vortrag erkant werden mußte. Diese Instanz wurde unter dem Namen der engern Revision sanktionirt. Nach zwey gleichförmigen Urtheilen der ersten und zweyten Instanz stand dem unterliegenden Theil blos der Weg zur engern Revision, als eines ordentlichen Rechtsmittels, offen. Er rechtfertigte seine Beschwerde aus den Vorakten; die Beybringung neuer Thatsachen — nicht neuer Rechtsausführungen — war ihm ausdrüklich untersagt. Hatte er neue Thatsachen vorzutragen, so verwies ihn die Proceßordnung an das außerordentliche Rechtsmittel der Wiederher-

*) Jülich- und Bergische Revisionsordnung vom Jahr 1727 — auch J. n. B. Oberappellationsgerichtsordnung vom J. 1769.

stellung in den vorigen Stand. Der Revisionslibell wurde nie mitgetheilt, dagegen wurden die Vorakten eingefordert. Ohne Verhandlungen erfolgte nach Umständen ein reformirendes revisorisches Urtheil.

Hier haben wir mehr als eine Ordination, durch welche der Richter nach Ermessen, wenn er die Verhandlung für erschöpft hält, den Streit sogleich beendigen darf; ohne Spielraum für sein Ermessen, muß er auf einseitigen Vortrag erkennen; doch entging der Jülich- und Bergischen Justizgesezgebung die Möglichkeit einer Erschleichung, ungeachtet der Entfernung alles faktisch neuen aus dem Revisionslibell, nicht. Sie verstattete deshalb dem succumbirenden Revisen gegen das engere Revisionsurtheil, noch eine engere Revision unter dem Namen Revisio revisionis. Hier wurde wieder auf einseitigen, nicht mitzutheilenden, mit den Vorakten zu vergleichenden Vortrag, ohne Verhandlung, doch von einem neuen Senat, also von einem andern Richter, erkant.

Die Revisio revisionis der Düsseldorfer Justiz war nichts anders als das Remedium elisionis rationum der Zellischen. Nur waren beyde darin verschieden, daß jene auf jeden Fall die Beendigung des Processes zur Folge hatte, dieses dagegen, wenn es würksam ergriffen wurde, wieder den Weg zu Verhandlungen öfnete.

In einem andern bedeutenden deutschen Staat finden

wir gesezlich eingeführte Ordinationen, ohne diese Vorsicht. Die Churmainzer Revisionsordnung, weißt das Mainzer Revisionsgericht an, auf den bloßen Revisionslibell, nach vorgängiger Einsicht der Vorakten confirmirend oder reformirend zu erkennen. Im lezten Fall blieb dem Revisen kein Rechtsmittel übrig.

Die Jülich- und Bergische Justizgesezgebung befahl dem obersten Justizhof, im Fall die Parthey Zuflucht zur engern Revision nahm, zu ordiniren, oder ohne Verhandlung zu entscheiden. Dieser nemliche Justizhof konnte aber auch als Appellationsrichter *) oder als Richter der weitern Revision **) (Oberappellation) rechtlich erkennen. Das Mainzer Revisionsgericht dagegen stellte nach der Bestimmung der Justizgesezgebung eine ordinirende und blos ordinirende Behörde dar.

Mehrere Obergerichte kleinerer mit keinem uneingeschränkten Appellationsprivilegium versehenen Reichsstaaten, fanden kein Bedenken nach Einsicht der Vorakten auf den bloßen Beschwerdelibell sogleich definitiv und reformi-

*) Der zweyte Senat des Oberappellationsgerichts, wenn der Hofrath in erster Instanz erkant hatte.

**) Nach Umständen sowohl der zweyte als erste Senat. Uebrigens ist die Bergische engere Revision ein devolutives Rechtsmittel, und nach der Lage der Sache bald an den zweyten, bald an den ersten Senat des Oberappellationsgerichts erwachsen.

Digitized by Google

rend in der Dekretsform zu entscheiden — mithin zu ordiniren. Dekrete dieser Art wurden nie für etwas anders als wahre Urtheile gehalten. Die dagegen zu ergreifende Rechtsmittel waren immer dem gegen Urtheile zulässigen Rechtsmittel gleich.

Die Form solcher Dekrete war — daß die Appellation angenommen, d. h. die an den Oberrichter gebrachte Rechtssache von demselben für devolvirt und seine Jurisdiktion für constituirt erklärt, und hiernächst die Beschwerde brevi manu dahin gehoben werde ꝛc. ꝛc. Dieser Form bedienten sich die Nassau-Oranische Justizkanzley in Dillenburg und das Nassau-Usingensche Hofgericht zu Wiesbaden.

So verhielt es sich und so verhält es sich noch mit den Ordinationen der Territorialgerichte. Die Form entsprach der Sache und die Würkung dem Zwek. Es entstand durch die Ordination kein verwikkeltes, räthselhaftes, verschrobenes Verhältniß. Es wurde dadurch das Verfahren nicht vorbehalten, sondern umgangen, nicht umgangen, weil man es der Sache nach für überflüssig, sondern weil man es schon für vollendet hielt.

Ganz anders verhielt es sich mit den Formen und Würkungen der reichsgerichtlichen Ordinationen.

Durch die Gesezgebung war der reichsgerichtliche Proceß auf drey Hauptformen, den Mandats- Citations-

und Appellationsproceß beschränkt. Jeder hatte seine eigne durch die Gesezgebung selbst bestimte Evolution. Das Extrajudicialverfahren ging dem Judicialproceß, dem eigentlichen gerichtlichen Verfahren voran. Jenes betraf die Frage, ob der Implorant, Kläger oder Appellant, zum Handeln zugelassen werden, oder mit andern Worten, ob er Gehör finden solle? Im Judicialverfahren wurde diese Vorfrage als bejahend entschieden betrachtet, und die würkliche Verhandlung vollendet. In Appellationssachen konnte beym Reichskammergericht über jene Vorfrage wieder eine eigne Verhandlung eintreten. Es wurde häufig auf den Libell Schreiben um Bericht des Unterrichters erkant, dieser Bericht dem Appellanten zum Gegenbericht mitgetheilt, und nun erst Appellationsprocesse erkant oder abgeschlagen. Im ersten Fall erfolgten Compulsorialien, Inhibitorialien *) und Citation des Appellaten zugleich, oder nur die erste und lezte mit Ausschliessung des Suspensiveffekts. Dort waren processus appellationis pleni, hier processus appellationis minus pleni erkant worden.

Da das sogenante Extrajudicialverfahren nur erst die

*) Es konnte freylich im Extrajudicialverfahren Inhibition — wenn etwa der Unterrichter apostoli refutatorii ertheilt hatte — vorläufig erlassen werden. Diese Inhibition war aber noch kein Theil der vollen Appellationsprocesse und hies Temporalinhibition.

Digitized by Google

Vorfrage betraf, ob der Appellant mit seinem durch das vorige Urtheil und durch die wichtigste Aktenstükke der vorigen Verhandlung beurkundeten Vorbringen, zu hören sey, so konnte jenes Verfahren durch weiter nichts als durch ein den Appellationsproceß abschlagendes oder verstattendes Dekret beendigt werden. Ein eigentliches Urtheil oder eine Rechtsdeklaration war der Natur der Sache nach unmöglich. Sie würde einen nicht erst zu vernehmenden, sondern einen schon vernommenen Appellanten vorausgesezt haben. Als würklich vernommen wurde aber der Appellant erst bey der Reproduction der extrajudiciel erkanten Processe betrachtet. Hiermit wurde der Judicialproceß und der Weg zur eigentlichen Verhandlung geöfnet.

Aus der festen, durch die Gesezgebung sanktionirten Trennung des Extrajudicial- vom Judicialverfahren, und der Unmöglichkeit zu diesem anders als auf dem Weg des Extrajudicialverfahrens zu gelangen, aus der Beschränkung der richterlichen Funktion beym Extrajudicialverfahren auf die Entscheidung der Frage: ob zu handeln sey? folgte die Unmöglichkeit, auf einseitigen Vortrag des Appellanten, durch ein Extrajudicialdekret die Rechtsverhältnisse der Partheyen definitiv zu bestimmen. Die Gesezgebung hatte dem Richter die Hände gebunden. War

Digitized by Google

pellationsproceſſe beendigt, ſo ſchloß das einzige Wort erkant, die Nothwendigkeit einer Verhandlung ſtillſchweigend in ſich, die weitere Evolution des Appellationsproceſſes war nun vorgeſchrieben, und anders als durch ein in der Audienz, den Anwälden beyder Theile zu publizirendes feyerliches Urtheil, nach förmlichen und geſchloſſenen Verhandlungen war es nicht möglich die Rechte beyder Theile definitiv zu beſtimmen.

Es gab indeſſen Fälle genug, in welchen die dem Appellanten zugefügten Verlezzungen, ſchon aus dem extrajudiciel übergebnen Beſchwerdelibell und aus den Anlagen deſſelben evident reſultirten. Dem Extrajudicialſenat blieb dennoch nichts mehreres als die einfache Erkennung der vollen Appellationsproceſſe übrig. Bey der Langſamkeit der Reichsjuſtiz wurde dadurch die vom Appellanten reklamirte Rechtshülfe unabſehbar entfernt. Die wiederhohlte Erfahrung ſolcher Fälle, die Ueberzeugung, daß weitere Verhandlungen nach der Lage der Sache ohne Nuzzen ſeyn würden, führte die Reichsgerichte, im Gefühl der geſezlichen Beſchränkung ihrer Macht, auf die Erfindung von Verfügungen, welche ſie Ordinationen nanten, und welche nicht nach ihrem Zwek, aber deſto mehr nach ihren Folgen und Würkungen von den Ordinationen der Territorialgerichte durchaus verſchieden waren.

Statt Appellationsproceſſe unbedingt zu erkennen,

Digitized by Google

erkannte sie der Richter nur bedingt. Er verband damit die Anzeige des unterrichterlichen Misgrifs. Er überliess es dem Unterrichter den Misgrif zu heben, und schlug auf diesen Fall die Appellationsprocesse ab. Jene Anzeige konnte für keinen Richterspruch gelten; denn ein Extrajudicialdekret konnte unmöglich eine Sentenz enthalten. Sie enthielt auch keinen Befehl an den Unterrichter, durch welchen ohnehin, der Natur der Sache nach, Rechtsverhältnisse zwischen den Partheyen nicht konnten bestimt werden. Sie war für den Unterrichter eine bloße Belehrung oder Zurechtweisung. Nahm er die Belehrung an, so war dem Recht des Appellanten ein Genüge geschehen, und alles weitere reichsgerichtliche Verfahren fiel als überflüssig hinweg. Im entgegen gesezten Fall waren volle Appellationsprocesse schon eventuel erkant, und es kam nun zur judiciellen Verhandlung. Jede reichsgerichtliche Ordination enthielt folglich eine bedingte Einleitung des Judicialprocesses. Das Reichskammergericht drükte diese Bedingung durch ein „noch zur Zeit abgeschlagen" aus, der Reichshofrath durch die einfache Verordnung, daß die Expedition der Appellationsprocesse so lange suspendirt bleiben solle, bis es sich zeige, ob der Unterrichter der zugegangenen Weisung Folge zu leisten geneigt sey. Beyde Reichsgerichte verstatteten dem Appellaten gegen die Ordination die Einrede der Erschlei-

Digitized by Google

chung. Fand sie Eingang, so wurde — immer im Wege des extrajudiciellen Verfahrens — die Ordination wieder eingezogen, und es blieb bey der einfachen Erkennung der Appellationsprocesse. *)

Ohne Frage waren die reichsgerichtliche Ordinationen gut gemeint. Ein guter Rath war im Grunde auch alles, was der Reichsrichter dem Unterrichter und den Partheyen in einem Extrajudicialdekret geben konnte. Denn vor der würklichen Erkennung der Appellationsprocesse hatte der Richter seine Gerichtsbarkeit noch nicht für fundirt erklärt. Er hatte die Sache noch nicht richterlich an sich gezogen. Citation an den Appellaten, Compulsorialien und Inhibitorialien an den Unterrichter waren noch nicht erlassen, aus einer noch nicht fundirten Jurisdiktion konnten keine Befehle an den Unterrichter emaniren; ein in der vorliegenden Sache noch nicht als competent sich constituirender Richter konnte die Rechtsverhältnisse zwischen den Partheyen noch nicht gültig bestimmen. — Um so viel mislicher und bedenklicher war aber auch die Befolgung des aussergerichtlich ertheilten guten Raths, in den meisten Fällen.

*) In den lezten Jahren der Existenz des Reichskammergerichts wurde sogar gegen erkante Appellationsprocesse der Einrede der Erschleichung Gehör gegeben, und, wenn man sie für gegründet hielt, das Appellationsprocesse erkennende Dekret wieder eingezogen.

Digitized by Google

Betraf die reichsgerichtliche Ordination einen bloßen Misgrif in der Leitung des Processes, hatte der Appellant eine eigentliche Beschwerde gegen den Richter in die Formen einer Appellation eingekleidet, — dann war freylich das durch den aussergerichtlich ertheilten Rath des künftigen Richters gestiftete Verhältniß nicht sehr verwikkelt. Beschwerden dieser Art waren kein Gegenstand einer Rechtskraft. Nach der Vorschrift des kanonischen Rechts konnten sie von ihrem eignen Urheber gehoben werden. War er schon auf bloße Vorstellung der Parthey dazu befugt, so war er es noch mehr auf den Rath derjenigen Behörde, welche als Oberrichter auftrat, sobald die Parthey durch die Reproduction der eventuel erkannten Appellationsprocesse das Judicialverfahren einleitete. Wie aber wenn — gleichviel aus welchem Grunde — der Berathene dem Rathgeber Troz bot? Hier war freylich der lezte mehr oder weniger compromittirt. In einen Befehl konnte er den Rath nicht verwandeln, denn es fehlte ihm ja noch zur Zeit der Gerichtszwang. Es blieb ihm daher nichts übrig, als durch Erkennung oder vielmehr durch Realisirung der eventuel schon erkanten Appellationsprocesse erst seine Jurisdiktion, mithin auch den Gerichtszwang zu constituiren. Jezt war aber eine Verhandlung unvermeidlich, und diese mußte zu einem feyerlichen Urtheil führen. Nun war durch die Ordination

Digitized by Google

nicht Zeit gewonnen sondern verloren. Der böse Wille des Unterrichters hatte ihren Zwek vereitelt, und der verwikkelte Geschäftsgang der Reichsgerichte machte jezt — gegen die Natur der Sache — bey einer bloßen Querel eben die Verhandlung nothwendig, welche sonst nur einer Rechtsdeklaration vorangehn sollte.

Noch weit verwikkeltere Verhältnisse erzeugte eine die Rechtsverhältnisse der Partheyen unter einander bestimmende Ordination. Der darin dem Unterrichter ertheilte Rath enthielt nichts weniger als die Zumuthung, die von ihm durch eine schiefe Rechtsdeklaration zugefügte Verlezzung wieder aufzuheben, oder mit andern Worten, sein eignes Urtheil zurükzunehmen. Daß dies der Richter nicht darf, ist in der positiven Gesezgebung deutlich ausgesprochen; *) daß er es nicht kann, im Organismus des Civilprocesses tief gegründet. Was blieb hiernach dem Unterrichter bey reichsgerichtlichen Ordinationen dieser Art übrig? Keine andere Wahl als entweder durch Befolgung derselben sich eines groben Misgrifs schuldig zu machen und nichtig zu handeln, oder durch Nichtbefolgung den Zwek der Ordination selbst zu vereiteln.

Reichsgerichtliche Ordinationen — mochten sie den

*) D. XLII. 1. fr. 14. C. VIII. 50. c. 1.

Proceß oder die Sache betreffen — waren daher in jedem Fall — ich glaube mich nicht zu stark auszudrükken — processualische Ungeheuer. Bey Ordinationen der ersten Art wurde der Oberrichter, bey Ordinationen lezterer Art der Unterrichter compromittirt. Dort konnte der üble Wille des Unterrichters die Ordination zum Schaden der Parthey vereiteln; hier konnte der nemliche Unterrichter beym besten Willen, ohne die gesezliche Schranken seiner Macht zu übertreten, den Zwek der Ordination nicht realisiren.

Daß Ordinationen dieser Art keine Muster für Territorialgerichte werden konnten, bedarf wohl kaum eines Beweises. Daß sie würklich kein Muster für diejenige Territorialgerichte waren, welche in ihrer Verfahrungsart den Unterschied zwischen dem Extrajudicialverfahren und dem Judicialproceß nicht aufgenommen hatten, folgt aus der Natur der Sache. Könnte darüber irgend eine Bedenklichkeit übrig bleiben, so müßte folgende Zusammenstellung der reichsgerichtlichen Ordinationen und der Ordinationen des gemeinen Processes, wie sie in Mevius und Puffendorfs Schriften zu finden sind, und wie sie entweder durch bloßen Gerichtsgebrauch oder durch ausdrükliche Gesezze eingeführt, bey den Justizhöfen, welche ich vorhin nante, täglich vorkommen, alle Zweifel aufheben.

Digitized by Google

1. Beyde Ordinationen haben den gemeinschaftlichen Zwek den Proceß abzukürzen, und dem beschwerten Theil, ohne Eröfnung einer für überflüssig gehaltenen Verhandlung, zu seinem Recht zu helfen.

2. Beyde Ordinationen bestimmen entweder in Ansehung des Processes, oder des streitigen Partheyenrechts die Fehler der vorigen Verfügung oder Entscheidung; sie enthalten im ersten Fall Vorschriften für den Unterrichter, im zweyten Sachbestimmungen über die Rechtsverhältnisse der Partheyen.

3. Die reichsgerichtliche Ordination kann mit der Umsicht und Festigkeit nicht erlassen werden, auf welche die Ordination des gemeinen Processes Anspruch macht. Sie geht — da sie im Extrajudicialverfahren vorkömt, — den Compulsorialien voran, und wird daher immer ohne Vorakten erlassen. Die Ordination des gemeinen Processes folgt den Compulsorialien, und sezt daher die Einsicht der Vorakten voraus. Die reichsgerichtliche Ordination ist die Folge einer unvollständigen, die Ordination des gemeinen Processes einer vollständigen oberrichterlichen Information.

4. In Ansehung der Quelle sind die reichsgerichtliche von den Ordinationen des gemeinen Processes durchaus verschieden. Jene emaniren von einer Staatsgewalt, welche richterliche Behörde werden wird, diese von einer Staatsgewalt, welche es schon ist. Indem jene nur im Extra-

Digitized by Google

judicialverfahren vorkommen können, sind sie an eine Periode des Processes gebant, in welcher sich der Oberrichter noch nicht als solcher constituirt, die Sache noch nicht an sich gezogen, sich noch nicht in die Lage gesezt hat, daß er dem Unterrichter Befehle und den Partheyen Entscheidungen kann zugehen lassen. Die Ordination des gemeinen Processes sezt dagegen immer einen schon constituirten competenten Richter voraus, an welchen die Sache, nach dem Ausdruk des Gerichtsstyls schon erwachsen ist.

5. Aus der Verschiedenheit der Quelle beyder Arten von Ordinationen resultirt eine weitere Verschiedenheit ihrer Formen. Die Ordinationen der Reichsgerichte werden mit dem Ausdruk: noch zur Zeit abgeschlagen, oder mit dem gleichbedeutenden Ausdruk: mit einsweilig suspendirter Expedition der Appellationsprocesse begleitet. Bey den Ordinationen der deutschen Territorialgerichte wird die Appellation erst angenommen, und die Ordination sofort hinzugefügt; mit andern Worten: der Oberrichter zieht die Sache erst an sich und verfügt oder entscheidet nun sogleich.

6. Mit der Verschiedenheit der Quellen und Formen hängt die Verschiedenheit der Würkungen beyder Gattungen von Ordinationen zusammen. Die Ordinationen der Reichsgerichte enthalten nichts mehr als einen Wink über die Art und Weise, wie das für überflüssig

erklärte Verfahren abgeschnitten werden kann. Die Ordination des gemeinen Processes schneidet es würklich ab, und bestimt ohne weiteres, was geschehen solle, oder was Rechtens sey. Die Würksamkeit der erstern ist auf den guten Willen des Unterrichters berechnet, mithin zufällig; die Ordination des gemeinen Processes frägt nach diesem guten Willen nicht, ist mithin nothwendig; die Tendenz der erstern ist, den Unterrichter selbst zum juristischen Urheber der darin enthaltenen Verfügung oder Rechtsbestimmung zu machen; bey dieser tritt der ordinirende Oberrichter selbst als juristischer Urheber der in der Ordination getroffenen Verfügung oder gesprochenen Entscheidung auf.

Wer wird nach dieser Zusammenstellung glauben, daß es, nach Gönners Ausdruk die Reichsgerichte waren, welche Ordinationen bey deutschen Territorialgerichten Eingang verschaften? *) Für die Reichsgerichte waren sie ein mangelhafter und dürftiger Nothbehelf, für die Territorialgerichte eine weise, in das System des processualischen Verfahrens tief eingreifende und damit vollkommen harmonirende Erfindung. Dort erhielten sie ihr Daseyn durch das ängstliche und vergebliche Streben den von der Justizgesezgebung streng vorgeschriebenen Formen des

*) Gönner a. a. O. §. 1.

Verfahrens auszuweichen; hier giengen sie aus den von der Justizgesezgebung selbst sanktionirten höhern Principien des Verfahrens hervor, und enthielten keinen Widerspruch mit vorgeschriebenen Formen. — Dem gemeinen Proceß waren Ordinationen ein halbes Jahrhundert früher als dem reichsgerichtlichen bekant. Fand daher hier überall ein Beyspielgeben und Nachahmen statt, so waren es wohl eher die Territorialgerichte, welche den Reichsgerichten vorleuchteten und vorangiengen. — Auf jeden Fall wird es evident, daß der reichsgerichtliche Proceß für die Ordinationentheorie nicht als Quelle darf betrachtet werden. Die einzige Quelle dieser Theorie findet sich im gemeinen Proceß. Indem man die Ehre der Erfindung der Reichsjustiz ungerecht beylegt, legt man den Grund zu einer Menge praktischer Irrthümer, welche in den Abhandlungen meiner Vorgänger über Ordinationen nachzulesen sind.

Digitized by Google

X.

Ueber den obersten Erkennungsgrund und über die Würkungen eigentlicher processualischer Nichtigkeiten.

Die Philosophie der Gesezgebung hat den Begrif und die Würkung processualischer Nichtigkeiten noch nicht befriedigend dargestellt.

Mtsbräuche der Praxis, Verirrungen der Theorie, Kollisionen zwischen den Reichsgerichten und den obersten Territorialgerichten, stürzten vor dem jüngsten Reichsabschied die Lehre von Nullitäten, in unauflösliche Schwierigkeiten. Unter der Aegide misverstandener Gesezstellen *) bekämpfte die Rechtspflege Urtheile, welche den Buchstaben des Gesezzes verlezzen sollten, als nichtig, und lies nach eingetretener Rechtskraft nur, bloße Partheyenrechte

*) XLIX. 8. quae sententiae sine appellatione rescindantur fr. 1. §. 2. C. VII. 64. quando provocare non est necesse c. 2.

verlezzenden Urtheilen Gnade widerfahren. Als wenn jedes unrichtige Urtheil, nicht eben so leicht aus einer fehlerhaften Auffassung der Thatsache, als aus der gesezwidrigen Construktion des anzuwendenden Rechtssazzes, erklärt werden könnte! Des Unfugs müde vertiefte sich die Reichsgesezgebung nach dem Westphälischen Frieden in Betrachtungen über natürliche und positive Nichtigkeiten. *) Sie erklärte leztere für einen Gegenstand von Verzicht und Rechtskraft, bezeichnete erstere mit der metaphysischen Benennung von unheilbaren Mängeln an den Subjekten oder an den Substantialien des Processes und bestätigte in Ansehung dieser Classe von Nullitäten die Sanktionen des gemeinen Rechts. **). Allein der jüngste Reichsabschied brachte keine Harmonie in die Praxis und beruhigte die Streitigkeiten der Theoretiker nicht. Pütter suchte den Charakter der Nichtigkeit im Mangel wesentlicher Eigenschaften, und rechnete zu den wesentlichen Eigenschaften eines Urtheils, so wie jeder processualischen Handlung, daß es keine offenbare Rechtsverlezzung enthalte. ***) Er fand hiernach keinen weitern Ausgang aus dem Zauberkreise der Distinktion zwischen nichtigen und unbilligen

*) Dec. Trib. Cassel. T. IV. D. 118.

**) J. R. A. §. 121 — 124.

***) Pütteri opuscula rem judiciariam imperii illustrantia. VII. De nullitate theoria generalis. §. 2 - VIII. De querela nullitatis et appellatione conjunctione. Cap. II. §. 32.

Digitized by Google

Sentenzen, und indem er das unterscheidende Merkmal der erstern angeben wollte, zeichnete er unwillkührlich das Bild einer richterlichen Iniquität. Gönner fand die Nichtigkeit in der Unveräusserlichkeit des vom Richter verletzten Rechts; er glaubte, daß wenn Privatwillkühr das streitige Recht nicht veräussern könne, auch das Stillschweigen der durch den Richterspruch verletzten Parthey, Rechtskraft zu erzeugen nicht vermöge. *) Er übersah, daß der Staat selbst durch den Richter handelt, daß der Staat sich nicht zum Richter des Richters oder zur Untersuchung der Frage aufdringen darf, ob der Richter würklich irgend ein Recht, mag es veräusserlich oder unveräusserlich seyn, verletzt habe, daß die Parthey nicht gegen den Staat ein nur in Hinsicht des Staats unveräusserliches Recht vindiciren darf, daß die Unterlassung der Appellation keineswegs als Rechtsveräusserung, sondern als Verzicht auf weitere Vertheidigung würkt, und daß endlich der Staat demjenigen, der sich nicht weiter vertheidigen will, nichts zu sagen habe. Grolman spricht dem von Gönner genialisch aufgestellten Princip nur den Werth eines obersten Grundsazzes ab, **) (die Folge wird evident zeigen, daß es auch nicht

*) Gönner a. a. O. III. 42. Ueber die Klage wegen unheilbarer Nichtigkeit §. 28. u. f.

**) Grolman a. a. O. §. 218. Note a. —

als untergeordnetes Princip bestehen kann); er findet den Charakter des nichtigen Urtheils in dem Mangel der nothwendigen Voraussezzungen zur Möglichkeit einer Sentenz überhaupt. Er führt nach der ausdrüklichen Bestimmung des jüngsten Reichsabschiedes alle processualische Nichtigkeiten auf wesentliche Mängel in Ansehung der Subjekte des Processes, oder des Processes selbst zurük. Er kömt der Wahrheit sehr nah, aber er erschöpft sie nicht. Er läßt die Frage: was sind wesentliche Mängel in Ansehung der Subjekte des Processes oder des Processes selbst, im Dunkeln. Und wenn auch das Studium seines ganzen Systems eine Antwort auf jene Frage enthalten sollte, so bleibt doch der Wunsch einer tiefern Begründung unbefriedigt. Wie wenn der Richter über ein ganz anderes, als über das streitige Objekt erkent? Wenn er an ein vollkommen regelmäßiges Verfahren, offenbar irrelevante Verfügungen knüpft? Wenn er nach entschiedenem Petitorium einen neuen Rechtsstreit über das Possessorium einleitet, oder wohl gar zum Nachtheil des vorigen Siegers entscheidet? In welcher Verbindung stehen Nichtigkeiten dieser Art mit wesentlichen Mängeln in Ansehung der Subjekte des Processes, oder des Processes selbst? Wie lassen sie sich aus solchen Mängeln erklären? Es muß in der Wissenschaft ein wenigstens deutlicher auszusprechendes oberstes Erkennungsprincip für eigentliche Nichtigkeiten

Digitized by Google

existiren. Die Aufsuchung desselben im Gebiet der Metaphysik des processualischen Verfahrens ist keine undankbare Arbeit. Sollte auch der Versuch mislingen, so wird doch immer durch den Versuch selbst der Weg zur Wahrheit gelichtet. Auch vergebliche Entdekkungsreisen haben Völker und Länderkunde vermehrt, und wichtige Wahrheiten wurden bey Gelegenheit des fruchtlosen Nachforschens nach Geheimnissen der Natur enthüllt.

Der Begrif der juristischen Nichtigkeit überhaupt und der processualischen insbesondere, kann und soll durch Gesezze nicht bestimt werden. Er ist ein Abstraktum aus der Natur der Sache. Er ist ein Gegenstand wissenschaftlicher Forschungen; er liegt aber zu tief in der Metaphysik des Rechts, um in einer Gesezgebung, welche Sachbestimmungen für das bürgerliche Leben enthalten soll, dargestellt zu werden. Zeigt sich in irgend einem Theil der Theorie des processualischen Verfahrens die Erhabenheit der Philosophie, aus welchem die positive Gesezgebung hervorgegangen ist, über die positive Gesezgebung selbst, so ist es hier. Nirgends gibt sie eine Definition von Nullitäten; nirgends sagt das Gesez, daß nach diesem oder jenem Merkmal das Daseyn oder Nichtdaseyn der Nichtigkeit solle beurtheilt werden. Das römische Recht gibt nur Beyspiele; der

jüngste Reichsabschied zieht sich durch einen bildlichen Ausdruk aus der Verlegenheit; er erklärt nur Fehler, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Parthey oder aus den Substantialien des Processes nach sich führen, für wahre Nichtigkeiten; er schließt alles, was ausserdem irgend ein früheres Gesez oder die Meinung der Praktiker für Nichtigkeit erklärt hatte, aus; was aber unheilbare Fehler in der Person des Richters oder der Parthey, was Substantialien des Processes sind, bestimt er nicht. Und grade dieses Gesez stiftet neue Verwirrung für Praxis und Theorie; es stiftet sie durch den gefährlichen Sprung aus dem Gebiet der Gesezgebung in das Gebiet der Rechtsmetaphysik; es stiftet sie, indem es, statt Sachbestimmungen zu sanktioniren, die Abstraktion aus Sachbestimmungen darstellt. Als wenn nothwendige Vernunftansichten zu positiven Gesezzen könnten erhoben werden! Eine Abstraktion, welche einen Gesezkundigen, z. B. Pütter, im Zweifel läßt, ob sie nicht etwa blos Beyspiele von Nullitäten ausdrükke, *) welche ein andrer, z. B. Kopp, gar nicht für den Willen des Gesezgebers hält, **) und in welcher endlich ein Dritter, z. B. Grolman, zwar den

*) Pütter a. a. O. §. 30.

**) Biderman, de vera sententiarum nullitate, sive insanabili, §. 14.

vollständigen und erschöpfenden Gegensaz zwischen Nullitäten und Iniquitäten erkent, aber dennoch eine würklich darunter nicht enthaltene Bestimmung für eine Nichtigkeit, und eine darunter würklich enthaltene, für keine erklärt: *) eine solche Abstraktion mag als Abstraktion ihren Werth behaupten; als positives Gesez ist sie fehlerhaft. Ich weis wohl, daß ich große Ketzereyen behaupte. Eben darum muß ich für die folgende Ausführung eine strenge Prüfung erbitten.

Jede menschliche Handlung hat einen Zwek und eine Würkung. Diese soll jenem entsprechen.

Der Inhalt der Handlung muß in einem möglichen Verhältniß zu ihrem Zwek stehen. Nur unter dieser Bedingung kann die Würkung der Handlung dem Zwek des Handelnden gleich seyn.

Steht der Inhalt der Handlung mit dem Zwek des Handelnden durchaus in keinem möglichen Causalzusammenhang, so bleibt der Zwek des Handelnden unerreichbar. Die Handlung ist in Hinsicht ihres Zweks nichtig. Diese Nichtigkeit wird keineswegs durch den Zufall des Erfolgs bestimt. Sie resultirt aus der Natur der im Mo-

*) Den Beweis nachher.

Digitized by Google

ment des Handelns vorhandenen Verhältnisse; sie resultirt aus der Unmöglichkeit, daß dieses Zusammenwürken, mit Zwekbestimmung thätig gewordener Kräfte, dasjenige Resultat hervorbringen könne, welches der Handelnde hervorbringen wollte.

Unter der Richtigkeit der Handlung ist daher keine andere als eine rationelle zu verstehen. Der Zufall kann Kräfte in Würksamkeit sezzen, welche den beabsichtigten Erfolg dennoch realisiren, ohne daß der Grund dieses Erfolgs in den mit Zwekbestimmung thätig gewordenen Kräften enthalten ist, das Ungefehr des Erfolgs hebt darum die Richtigkeit der Handlung nicht auf. Der Wurf des Schikfals hat blos dem Handelnden die Mühe gespart wieder von vornen und mit richtigerer Kraftberechnung anzufangen. Wenn das Lam gegen den Angrif des Wolfs kämpft, so bleibt seine Gegenwehr richtig, wenn schon etwa ein Blizstrahl das reissende Thier getödtet und das wehrlose Schlachtopfer seines Hungers gerettet hätte; der Eigenthümer des lezztern wird sich die Mühe sparen können, zur Rettung desselben Hunde auszusenden; aber die Rettung selbst wird er der Gegenwehr des Lams nicht zuschreiben dürfen.

Umgekehrt erscheint aber auch die Handlung noch nicht darum als nichtig, weil der Erfolg im voraus höchst unwahrscheinlich ist, oder weil er hinterher ganz ausbleibt.

Digitized by Google

Im ersten Fall ist die Handlung blos gefährlich oder mislich, im zweiten war sie fruchtlos. Im ersten Fall ist es wahrscheinlich, daß fremdartige, in Hinsicht der mit Zwekbestimmung thätig gewordenen Kräfte als zufällig zu betrachtende Gegenkräfte, den Zwek der Handlung vereiteln werden. Im zweyten Fall ist dies würklich geschehen.

Wer auf leichtem Fahrzeug das Weltmeer umsegeln will, darf auf keinen wahrscheinlichen Erfolg rechnen und beginnt ein gefährliches und misliches Unternehmen. Seine Handlung ist fruchtlos, wenn er nach kaum begonnener Reise durch Wellen und Stürme zurükzukehren genöthigt wird. Wenn er dagegen die Reise trokenen Fusses antritt, dann handelt er nichtig, oder er unternimt, was ungefähr eben so viel heißt — ein Wunder.

Die thätig gewordenen Kräfte des Handelnden und die Richtung derselben bilden den Inhalt der Handlung. Die Nichtigkeit der Handlung kann aus dem Mangel der bestimt nothwendigen Kräfte, oder der bestimt nothwendigen Gattung von Kräften hervorgehn, z. B. wenn der Stumme oder der Sprache des Landes Unkundige auf das versammelte Volk durch eine Rede würken, wenn der vom Podagra Behaftete einen Wettlauf unternehmen will. Sie kann aus der fehlerhaften Richtung der Kräfte, oder aus der Unmöglichkeit resultiren, daß diese Richtung der Kräfte den beabsichtigten Effekt hervorbringe, z. B. wenn

der Wettläufer statt dem Ziel zuzueilen im Kreise herumläuft.

Der lezte Zwek der Handlung kann mehrere untergeordnete, als Mittelzwekke zu betrachtende Handlungen nöthig machen. Es kann die erste Anlage der Totalhandlung so fehlerhaft seyn, daß schon im Moment der Evolution derselben die Unmöglichkeit der Zwekerreichung vorauszusehen war. Z. B. wenn derjenige, der nothwendig in fünf Tagen einen hundert Meilen entfernten Ort erreichen muß, die Reise in einem Zustand unternimt, in welchem er täglich unmöglich mehr als fünf Meilen zurüklegen kann. Es kann der Fehler einer einzelnen wesentlichen Mittelhandlung, die Erreichung des lezten Zweks der Totalhandlung unmöglich machen, ohne daß sie in ihrer ersten Anlage nichtig war. Dort ging die Nichtigkeit der Totalhandlung voraus. Jede an die erste Kraftäusserung angeknüpfte Mittelhandlung war eine fortgesezte Nichtigkeit. Hier entstand die Nichtigkeit erst in der Evolution der Handlung; man kann sie eine selbstständige nennen. Dort ist ganz vergeblich, hier nur von dem Augenblik der eingetretenen Nichtigkeit an, vergeblich gehandelt worden.

Eine besondere Spielart von Nichtigkeit stellt sich in der Zwekbestimmung einer Handlung dar, welche einen schon existirenden Zustand erst realisiren soll. Denn was

in der Zeit geschieht, würkt in der Zeit, und ein Zustand, der schon vor der Handlung da war, kann unmöglich erst durch die Handlung realisirt werden. Es kann z. B. niemand, ohne in Hinsicht seines Zweks nichtig zu handeln, eine Reise unternehmen, um an den Ort zu gelangen, in welchem er sich schon würklich aufhält.

Wendet man diese ganze Ansicht auf Handlungen an, durch welche Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden sollen, so erhält man eine Theorie von juristischen Nullitäten.

Es können nemlich solche Handlungen, wenn die Unmöglichkeit des Causalzusammenhangs ihres Inhalts mit der beabsichtigten Würkung am Tage liegt, unmöglich ihrem Zwek entsprechen. Sie müssen in Hinsicht dieses Zweks nichtig seyn. Das positive Gesez kann das Gegentheil nicht verordnen. Es kann die Würkungen natürlich gültiger Handlungen modificiren. Es kann die ganze Würksamkeit derselben durch die Wahrnehmung willkührlicher Formen bedingen. Es kann dagegen natürlich nichtige Handlungen nicht für gültig erklären.

Der Vertrag des Blödsinnigen würde, wenn auch das Gesez dazu geschwiegen hätte, nichtig bleiben, weil ihm der verständige Wille oder diejenige Kraft fehlt, wel-

che nach dem Causalitätsgesez die Rechtsgültigkeit jeder Willensäusserung erzeugt.

Der Irrthum der Paciscenten über wesentliche Eigenschaften der Objekte des Vertrags, wird wegen der Unmöglichkeit der Zweckerreichung des zwar würklich und verständig geäusserten, aber nicht auf das Objekt des Vertrags gerichteten Willens, unmöglich ein gültiges Rechtsverhältniß hervorbringen können.

Der Ankauf einer Sache, welche den Käufer zum Eigenthümer desjenigen, was ihm schon eigenthümlich zugehört, machen soll, wird als nichtig in sich selbst zerfallen müssen, weil es unmöglich ist ein Rechts- und Sachverhältniß, welches schon da war, erst noch zu realisiren.

Diese Beyspiele werden hinreichen. Es wird wohl keinem an rechtliche Ansichten gewöhnten Richter einfallen an der absoluten Nichtigkeit solcher Handlungen etwa deswegen zu zweifeln, weil er in keinem Gesez etwas darüber gelesen hat.

Nichtigkeiten, wie ich sie mir bisher gedacht habe, gehn aus der Anwendung eines nothwendigen Denkgesezzes, des Causalitätsgesezzes, auf die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens hervor. Man kann sie **natürliche** oder **absolute** Nichtigkeiten nennen.

Sie sind einer ganz andern Klasse, erst durch das Civilgesez begründeten Nichtigkeiten entgegen gesezt, welche

man positive oder zufällige Nullitäten nennen kann.

Es kann einmal dem Staat daran gelegen seyn, die Existenz rechtlicher Verhältnisse, als die Folge bestimmter natürlich gültiger Handlungen ganz zu verhindern, z. B. bey wucherlichen Verträgen. Der Staat kann ferner den intendirten Effekt natürlich gültiger Handlungen an willkührliche Formen binden; er kann vorschreiben, daß ohne Wahrnehmung der Formen, die beabsichtigte Würkung der Handlung nicht eintreten soll, z. B. keine gültige Veräusserung unbeweglicher Grundstükke, ohne gerichtliche Auflassung, kein gültiger Eheverspruch ohne öffentliche Bekantmachung u. s. w.

Natürliche Nichtigkeiten lassen sich sehr leicht von positiven Nichtigkeiten unterscheiden. Jene gehn aus einem Gesez der Vernunft, diese aus einem Gesez der Willkühr hervor. Jene sezzen eine natürlich nichtige, diese eine natürlich gültige Handlung voraus. Die natürliche Nullität würde, wenn auch gar kein Staat und keine Civilgesezgebung da wäre, nothwendig anerkant werden müssen; die positive Nullität würde ohne einen Staat und eine positive Gesezgebung gar nicht denkbar seyn. Dort bleibt das Nichtige nichtig; hier wird das Gültige als nichtig betrachtet und behandelt.

Pütter nimt noch eine dritte gemischte Classe von

Nullitäten an; Nichtigkeiten, welche sich zugleich auf die Natur der Sache und auf das positive Gesez gründen. *) (Nullitas naturalis et civilis simul) Ich kann dem Eintheilungsfundament keinen Geschmak abgewinnen. Der Ausspruch der theoretischen Vernunft — eine Handlung, deren Inhalt mit ihrer Zwekbestimmung in keinem möglichen Causalzusammenhang steht, ist in Hinsicht ihrer Zwekbestimmung nichtig — dieser Ausspruch kann durch das positive Gesez keine stärkere Sanktion erhalten, als er schon in sich selbst hat. Das positive Gesez kann die Ungültigkeit dieses Ausspruchs nicht verordnen. Ob es sich daher über natürliche Nichtigkeiten erklärt oder nicht erklärt habe, ist ganz gleichgültig.

Verpflanzt man weiter die eben entwikkelte Ansicht auf den Grund und Boden des processualischen Verfahrens, so erhält man die theoretische Ansicht der eigentlichen oder sogenannten unheilbaren processualischen Nichtigkeit. Jene Ansicht stellt sich sogar mit einer Schärfe und Precision dar, welche ihr mehr oder weniger bey ihrer Anwendung auf die Verhältnisse des täglichen Lebens fehlt.

*) Pütter a. a. O. VII. §. 10.

Digitized by Google

Der Civilproceß ist eine Handlung des Staats, oder vielmehr der dazu bestellten Organe desselben, durch welche würkliches zu förmlichem Recht erhoben, der Anspruch eines Bürgers gegen den andern entschieden, und die Entscheidung vollzogen werden soll.

Zur Erreichung dieses Zweks werden Kräfte der Partheyen und der richterlichen Behörden mit Zwekbestimmung thätig. Es erfolgt eine Rechtsvertheidigung von Seiten der streitenden Theile, von der einen Seite in der Form eines Angrifs, von der andern in der Form eines Widerspruchs. Der vom Staat dazu angeordnete Richter leitet den Streit, klärt das Streitobjekt durch diese Leitung auf, und entscheidet den Kampf durch Anerkennung eines vorhandenen oder nicht vorhandenen Rechts. Mit dieser Anerkennung ist das eigentliche Verfahren oder die Haupthandlung vollendet. Die Vollziehung ist eine nicht wesentlich dazu gehörende Nachhandlung.

Die Aufklärung des Streitobjekts — Instruktion — ist der Mittelzwek, die Deklaration des aufgeklärten Streitobjekts — Sentenz — ist der lezte Zwek der Handlung.

Steht der Inhalt der ganzen Handlung in keinem möglichen Causalzusammenhang mit ihrem lezten Zwek, so ist der Proceß nichtig. So kann z. B. aus einem tumultuarischen Verfahren, aus einer unverständlichen Klage

Digitized by Google

und Litiskontestation, aus dem Mangel einer ausdrüklichen oder stillschweigenden Vertheidigung durch Contumaz, keine Aufklärung des Streitobjekts hervorgehn. Beym Mangel dieser Aufklärung ist eine das Streitobjekt aussprechende Deklaration — die Sentenz — unmöglich.

Während dem Proceß werden Kräfte mit Zwekbestimmung thätig. Diese Thätigkeit wird mit Rüksicht auf den Zwek gelenkt. Es wird nichtig gewürkt, wenn den handelnden Personen die zur Erreichung des Zweks des Verfahrens nöthige Kräfte fehlen, z. B. den Partheyen die Legitimation zur Sache, oder die Fähigkeit der gerichtlichen Rechtsvertheidigung (jus standi in judicio); oder dem Richter der Auftrag des Staats, die kompetente Jurisdiktion. Es wird nichtig gewürkt, wenn die zur Erreichung des lezten Zweks nöthige und würklich vorhandene Fähigkeiten der Partheyen und Richter, eine so fehlerhafte Richtung erhalten, daß entweder die Aufklärung des streitigen Rechts — die Instruktion — oder die Deklaration des aufgeklärten Rechts — das Urtheil — aus dem Inhalt der Handlung nicht hervorgehen kann, z. B. es fehlt die Litiskontestation als würkliches Faktum oder als juristische Fiktion, der Richter hat über etwas ganz anders als über das Objekt der Klage erkant, mithin den eigentlichen Streit gar nicht entschieden.

Der Proceß selbst ist aus einzelnen Handlungen zu-

Digitized by Google

sammengesezt. Jede steht in einem gewissen Verhältniß zum Hauptzwek, und ist demselben subordinirt. Jede hat daher ihren untergeordneten Zwek. Steht der Inhalt der untergeordneten Handlung mit dem untergeordneten Zwek in keinem möglichen Causalzusammenhang, so ist diese einzelne processualische Handlung nichtig, z. B. der Augenschein bey einer Baustreitigkeit, wenn der Richter statt des in Frage stehenden Gebäudes, einen ganz andern Gegenstand, etwa eine Wiese, oder einen Weinberg besieht.

Steht die einzelne untergeordnete Handlung, mit der Haupthandlung, in einem wesentlichen Causalzusammenhang, so hat die Nichtigkeit der erstern, die Nichtigkeit der leztern zur nothwendigen Folge. So wird, in dem eben bemerkten Fall, das auf den nichtigen Augenschein gegründete Urtheil, selbst nichtig seyn. Steht der Inhalt und Zwek der untergeordneten Handlung mit der Haupthandlung in keinem wesentlichen Causalzusammenhang, wird sie etwa blos durch das positive Gesez oder durch processualische Klugheit befohlen, z. B. Acteninrotulation im Beyseyn beyder Theile, so kann die einzelne untergeordnete processualische Handlung nichtig seyn; aber das Endresultat des Processes, das Urtheil, ist es darum noch nicht.

Es wurde eben bemerkt, daß die Nichtigkeit einer untergeordneten Handlung, die Nichtigkeit einer andern,

mit welcher sie im wesentlichen Causalzusammenhang steht, zur nothwendigen Folge habe. Es ergibt sich hieraus ein weiterer Unterschied zwischen der fortgesezten und selbstständigen Nichtigkeit. Jene hat ihren Grund im Inhalt einer andern Handlung, diese in ihrem eignen Inhalt. Die fortgesezte Nichtigkeit kann aus den wesentlichen Mängeln der ersten Anlage des Verfahrens resultiren, z. B. aus der fehlenden Competenz des Richters oder der mangelnden Legitimation der Partheyen. Der Vorwurf der selbstständigen Nichtigkeit, kann die lezte und Haupthandlung des Processes, das Urtheil selbst, treffen, z. B. wenn es Absurditäten enthält, wenn es ein der eigentlichen Verhandlung ganz fremdes Objekt entscheidet. *)

Endlich ist es eine besondere Art von Nichtigkeit, wenn nach schon entschiedenem Streit, über den Gegenstand, desselben weiter verfahren, z. B. eine Appellation

*) Grolman scheint keine aus dem bloßen Inhalt des Urtheils hervorgehende Nichtigkeit anzuerkennen, indem er es ein Glük nent, daß die aus den Reichstagsacten vom Jahr 1654 hervorgehende Ansicht, nach welcher ein Urtheil seines bloßen Inhalts wegen nichtig seyn konnte, nicht gesezlich geworden sey. Allein, er hat die Natur der Sache, das römische Recht, den Geist des jüngsten Reichsabschiedes, und — was sonderbar genug ist — dasjenige gegen sich, was er in einer andern Note, zum nemlichen Paragraph, auf der nemlichen Seite, sagt. Theorie des gerichtlichen Verfahrens 2te Aufl. S. 473.

Digitized by Google

gegen ein schon rechtskräftiges Urtheil zugelassen, oder was schon formelles Recht ist, nochmals zu formellem Recht erhoben wird — Urtheil gegen ein rechtskräftiges Urtheil. — Alles Streben zur Realisirung eines schon realisirten Zustandes, ist der Natur der Sache nach nichtig. Hiervon sehr verschieden ist indessen die Verhandlung und Entscheidung der Frage: Ob schon rechtskräftig entschieden sey? Denn hier wird nicht das formelle Recht selbst, sondern das Daseyn oder Nichtdaseyn desselben, als ein Objekt des würklichen Rechts, formalisirt.

Alle Nichtigkeiten, welche ich bisher im Auge hatte, waren natürliche, durch das Causalitätsgesez mit Nothwendigkeit begründete, von aller Sanktion der Gesezgebung unabhängige processualische Nullitäten. Neben und ausser denselben könnte die positive Gesezgebung noch positive processualische Nichtigkeiten eingeführt haben. *) Die Gesezgebung könnte natürlich würksame Handlungen ihres Effekts berauben; z. B. verordnen, daß das Eingeständniß einer Thatsache von Seiten des bevollmächtigten Anwalds, der Parthey nie nachtheilig werden könne; sie könnte die Würksamkeit jener Handlungen durch willkührliche Formen bedingen, z. B. die Gültigkeit des Urtheils durch

*) Nachher von der Frage, ob dies würklich nach gemeinem deutschem Proceß anzunehmen sey.

die Bekantmachung desselben am Ort des Gerichts, im Beyseyn beyder Theile. Die positive processualische Richtigkeit, würde in ihren Folgen der natürlichen gleich, aber sowohl nach ihrem Objekt, als nach dem Grunde ihrer Existenz, durchaus verschieden seyn. Bey der natürlichen Richtigkeit bleibt das Richtige richtig; bey der positiven wird das Gültige als nichtig behandelt. Der Erkennungsgrund der natürlichen Richtigkeit liegt in einem ewigen und nothwendigen Gebot des menschlichen Verstandes, der Erkennungsgrund der positiven in dem veränderlichen und willkührlichen Willen eines äussern Gesezgebers. Die natürliche Richtigkeit kann durch die Willkühr des Gesezgebers (weil kein Gesez Absurditäten und Widersprüche verordnen kann) nicht weggeräumt, die positive dagegen, ausser jener Willkühr, und weiter als es diese Willkühr ausdrüklich fordert, nicht angenommen werden.

Aber in ihren Folgen sind natürliche und positive processualische Richtigkeiten einander durchaus gleich. Es rechtfertigt sich sogar die Wahrheit des aus Verhältnissen des gemeinen Lebens abstrahirten Begrifs der Richtigkeit einer menschlichen Handlung, indem dieser Begrif auf die Theorie des gerichtlichen Verfahrens angewendet wird, durch höhere Precision und Schärfe.

Eine für das gemeine Leben nichtige Handlung bleibt, bey der Unmöglichkeit des Causalzusammenhangs ihres

Inhalts mit ihrem Zwek, in Hinsicht dieses Zweks, freylich nichtig; allein als physisches Faktum, läßt sich die Handlung nicht vernichten. Vielleicht armseelig und traurig genug, allein unvertilgbar für die ganze Zukunft, hinterläßt sie Spuren in den Umgebungen des Handelnden.

Für das — wenn ich mich so ausdrükken darf — processualische Leben dagegen, für die Umgebungen des Gegenstandes des Verfahrens, hinterläßt die processualische Nichtigkeit, gar keine Spuren; sie bleibt Nichtigkeit im strengsten Sinn des Worts. Denn alle processualische Thätigkeit würkt auf die möglichst reine und treue Darstellung des würklichen im förmlichen Recht. Zu Nullitäten nicht qualificirte Misgriffe des Richters und der Partheyen, können die Reinheit der Darstellung trüben, und das würkliche im förmlichen Recht, bis zur Carrikatur entstellen. Nichtigkeiten dagegen, da sie kein förmliches Recht hervorbringen können, und da alle processualische Thätigkeit, in so fern sie nicht auf Exekution gerichtet ist, blos förmliches Recht erzeugt, müssen für die Lage des Processes ganz folgenlos bleiben. Mögen daher immerhin nichtige Handlungen des gemeinen Lebens, den Handelnden in namenlose Verlegenheiten und in Labyrinthe ohne Ausgang verwikkeln. Unter der Aegide des gerichtlichen Verfahrens, bleiben processualische Nichtigkeiten, harmlos für das würkliche Recht und für den würklich Berechtigten.

Die Wahrheit einer philosophischen Spekulation erhält ihren vollständigen Beweis, oder richtiger gesagt, ihre Garantie durch ihre Anwendbarkeit auf das thätige Leben. Die Erfahrung ist der Prüfstein theoretischer Ansichten, oder wenn man will, sie ist die umgekehrte Rechnungsprobe, wenn schon aus bloßen Erfahrungssäzzen, keine philosophische Begründung entwikkelt werden kann.

Man wende das Erkennungsprincip natürlicher processualischer Richtigkeiten, als enthalten und hervorgehend aus dem Causalitätsgesez, auf die Subjecte des Processes und auf die wesentliche Bestandtheile des Verfahrens an, so erhält man eine Solution der Frage, ob es ein brauchbares, herrschendes und durchgreifendes Princip sey.

Jedes processualische Verfahren setzt

1. einen angeblich Berechtigten (den Kläger) und angeblich Verbundenen (den Beklagten)
2. ein angebliches würkliches zu formalisirendes Recht (das Objekt der Klage oder der Wiederklage)
3. ein vom Staat zur Rechtsformalisirung bestelltes Organ (den Richter)
4. wechselseitige Vertheidigung (das Verfahren selbst) voraus.

Soll die Haupthandlung gültig seyn, so muß das Resultat derselben — das Urtheil — den Streit zwischen dem bestimten Kläger und dem bestimten

Beklagten, über das bestimte Klagobjekt, durch den vom Staat zu diesem Zwek angeordneten Beamten, nach vorgängiger würklicher oder vom Gesez fingirter Vertheidigung (Contumaz) würklich endigen. Hiermit sind alle nothwendige und wesentliche Bestandtheile des Verfahrens in subjektiver und objektiver Hinsicht beschrieben. Wenn es an einem derselben mangelt, so ist ein gültiges Resultat eine Rechtsanerkennung von Seiten des Staats unmöglich.

1. Das Urtheil soll das Recht des Klägers im Verhältniß zum Beklagten entscheiden. Ist der eine Theil nicht das Subjekt des im Urtheil declarirten Rechts, der andere nicht das Subjekt der darin declarirten Verbindlichkeit, so geht beyde das Urtheil nichts an. Es ist unmöglich, daß der eine oder der andere sein formelles Recht darauf gründe.

2. Das Urtheil soll das Objekt des Streits, aber auch nichts weiter als dieses Objekt entscheiden. Es soll das von beyden Theilen in Anspruch genommene würkliche Recht formalisiren. Es muß daher die Klage, die Wiederklage, die Einreden erledigen. Es ist nichtig, wenn es auf den Gegenstand des Streits nicht gerichtet ist.

Dieser Behauptung scheint Grolman zu widersprechen, indem er von der Meinung, daß Urtheile auch

ihres Inhalts wegen nichtig seyn könnten, als von einer zum Glük nicht gesezlich gewordenen Ansicht redet. *) Es scheint Gönner zu widersprechen, indem er die Behauptung, daß ein der Klage nicht entsprechendes Urtheil nichtig sey, als ungegründet verwirft. **)

Allein daß das Urtheil den Streit entscheide, ist eine Forderung der Vernunft. Daß ein etwas anders als das streitige Objekt betreffende Urtheil kein Urtheil über das streitige Objekt sey, bedarf keines Beweises. Und daß ein nicht entschiedener Streit dennoch entschieden sey, ist ein Unsinn, den niemand wird behaupten wollen.

Ein solches Urtheil ist in Hinsicht des vorliegenden Streits nichtig, weil es diesen Streit nicht beendigt; es ist in Hinsicht seines eigentlichen Inhalts nichtig, weil über diesen Inhalt nicht war gehandelt worden.

Diese Ansicht verliert dadurch nichts von ihrer Wahrheit, daß kein Gesez sie ausspricht. Welches Gesez hätte das Gegentheil verordnen können?

Das Urtheil soll das würklich verhandelte Recht formalisiren. Es soll aussprechen, in wie fern in dem würklich verhandelten, geltendes Recht enthalten sey. Der Richter kann den gegebnen Stof nicht willührlich fallen lassen; er kann nicht willührlich einen andern sub-

*) Grolman a. a. O. §. 218. S. 475. am Schluß der Note.
**) Gönner a. a. O. S. 411.

stituiren. Mag er ihn gut oder schlecht verarbeitet haben; darnach ist, nach entstandener Rechtskraft nicht weiter zu fragen. Allein dieser Stof und kein anderer war zu verarbeiten, wenn nicht die ganze Arbeit nichtig seyn sollte.

3. Das Urtheil soll eine Rechtsdeklaration von Seiten des Staats durch sein dazu bestelltes Organ den Richter enthalten. War der Richter zu diesem Organ nicht bestellt, so war auch sein Ausspruch keine Rechtsdeklaration von Seiten des Staats. Und da das würkliche Recht nicht anders als durch den Staat und auf Auftrag desselben zum förmlichen erhoben werden kann, so ist das vom inkompetenten Richter ausgesprochene Urtheil nichtig.

4. Endlich sezt das Urtheil eine wechselseitige Rechtsvertheidigung — das Verfahren — voraus. Es stellt das Resultat dieses Verfahrens dar. Es ist ein Schatten ohne Körper, wenn kein Verfahren, oder kein gültiges Verfahren vorangiug. Wenn daher den streitenden Theilen die gesezliche Fähigkeit der Rechtsvertheidigung (des jus standi in judicio) fehlt, wenn sie nicht die Subjekte der Rechtsvertheidigung waren, z. B. wegen fehlender Legitimation zur Sache oder zum Proceß, oder wenn gar keine Vertheidigung vorangegangen ist, denn kann auf ein nichtiges Verfahren kein gültiges Urtheil gegründet werden.

Digitized by Google

Hiermit sind, wie es mir scheint, alle natürliche processualische Nichtigkeiten nach ihren Hauptklassen dargestellt. Sie fließen alle aus einer höhern gemeinschaftlichen Quelle, aus dem Ausspruch des Denkens: jede Handlung ist in Hinsicht ihres Zweks nichtig, wenn ihr Inhalt in keinem möglichen Causalzusammenhang mit der beabsichtigten Würkung steht. —

Ob irgend ein positives Gesez diesem Ausspruch den Stempel des Positivgeltenden aufgedrükt und natürliche Nichtigkeiten des processualischen Handelns ausdrüklich für Nichtigkeiten erklärt habe, ist ganz gleichgültig. Denn kein positives Gesez konnte über Gesezze des Erkennens gebieten.

Aber es ist nicht gleichgültig zu wissen, ob das positive Gesez neben den natürlichen, noch positive Nichtigkeiten des processualischen Verfahrens einführe und anerkenne.

Die Schwierigkeit der Beantwortung dieser Frage liegt darin, daß kein Gesez erklärt hat, es existire in diesem Fall eine natürliche, sich von selbst verstehende, in jenem eine positive, sich nicht von selbst verstehende Nullität. Es kömt hiernach alles auf die Zurükführung der

ausdrüklichen Bestimmungen der Gesezgebung, auf höhere nicht ausdrüklich bestimte Grundsäzze an.

Es gehört zu den Individualitäten der Form des römischen Rechts, daß es gewöhnlich nur Beyspiele, nur die Entscheidung einzelner Fälle gibt, und dem Scharfsinn des Gesezkundigen die Construktion der Regel überläßt, nach welcher entschieden worden ist.

Das kanonische Recht hat in der Gesezgebung über processualische Nullitäten nichts wesentliches geändert.

Der jüngste Reichsabschied suchte alle Zweifel durch eine metaphisische Abstraktion zu lösen; diese Abstraktion war in zwey Zeilen eingeschlossen und enthielt, wie es die Natur der Sache mit sich brachte, keine philosophische Abhandlung; der Geist des Gesezzes wurde bisher nicht verstanden; aus den bloßen Worten konnte er nicht aufgefaßt werden.

Es ist interessant den Inhalt der drey Legislationen aus der Quelle kennen zu lernen.

A. Das römische Recht. — Bey der Frage, welche Nichtigkeiten es als natürliche, welche als positive betrachtete, ist vor allen Dingen ein Rükblik auf die römische Gerichtsverfassung nöthig.

Der das Gesez auf das Faktum anwendende und durch öffentliche Macht vollziehende Staatsrichter (Praetor) war einmal von der mit keinem Vollziehungszwang

bekleideten Privatperson verschieden, welche blos das Faktum nach dem Auftrage des Staatsrichters untersuchte und beurtheilte (judex pedaneus). War schon zu Justinians Zeiten der Unterschied längst aufgehoben oder veraltet, so athmet er doch in den Fragmenten der Klassiker nicht ohne Einfluß auf die Darstellung natürlicher Richtigkeiten fort.

Ferner gab es eine eigne Gerichtsbarkeit (jurisdictio propria) und eine aufgetragene (jurisdictio mandata). Beyde waren mit Vollziehungszwang (imperium mixtum) verbunden. *) Jene hatte der Staatsbeamte unmittelbar durch den allgemeinen Auftrag des Staats, (jure magistratus nicht ex lege speciali) diese hatte nur derjenige, welchem der Staatsbeamte sie aufgetragen hatte. **) Die Jurisdictio mandata würkte in Ansehung der Zeit, des Orts und der Art der Ausübung nur innerhalb den Gränzen des Auftrags, und war jenseits dieser Gränzen gar nicht vorhanden. ***)

*) Mandata jurisdictione privato, etiam imperium quod non est merum, videtur mandari: quia jurisdictio, sine modica coercitione, nulla est. ff. 1. T. 21. de off. ejus cui mandata est jurisd. fr. 5. §. 1.

**) Quaecunque specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione Principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur: quae vero jure Magistratus competunt, mandari possunt. ff. 1. T. 21. fr. 1. pr.

***) Qui mandatam jurisdictionem suscepit, proprium nihil habet: sed et ejus qui mandavit jurisdictione utitur. ff. 1. T. 21. fr. 1. §. 1.

Digitized by Google

Dieſes vorausgeſezt, kommen folgende vom römiſchen Recht beſtimt entſchiedene Fälle in die Kathegorie natürlicher Nichtigkeiten.

1. Wenn die Parthey zur Sache oder zum Proceß nicht legitimirt war. *) Aus gleichem Grunde war die Verurtheilung des zur Zeit der Sentenz oder der Anordnung des judex pedaneus unbeerbt Verſtorbenen nichtig. **)

2. Wenn dem Richter der Auftrag des Staats oder desjenigen, den der Staat zum Auftrag autoriſirt hatte, fehlte; ***) oder wenn er durch ſein eignes Faktum den Auftrag vernichtet hatte.

Aus dieſem allgemeinen Grunde tratt Nichtigkeit ein:

a. Wenn der Staatsrichter mehrere Privatrichter

*) Non videtur nobis rationem habere sententiam decessoris tui: qui cum cognovisset inter petitorem et procuratorem, non procuratorem, sed ipsam dominam litis condemnavit, cujus persona in judicio non fuit. Potes igitur, ut re integra de causa cognoscere C. VII. T. 45. de sententiis et interlocutionibus omnium judicum c. 1.

**) Paulus respondit, eum, qui in rebus humanis non fuit sententiae dictae tempore, inefficaciter condemnatum videri §. 1. Idem respondit adversus eum, qui in rebus humanis non esset, cum judex datus est: neque judicis dationem valuisse, neque sententiam adversus eum dictam, vires habere.

***) C. VII. T. 48. Si a non competente judice judicatum esse dicatur.

Digitized by Google

zur gemeinschaftlichen Entscheidung ernant, und nur einer derselben gesprochen hatte. *)

b. Wenn der bevollmächtigte Richter zu einer Zeit gesprochen hatte, wo seine Vollmacht schon erloschen war. **)

c. Wenn er durch erwiesene Bestechung sich seiner richterlichen Würde entäussert, und eben dadurch sich zur Ausübung der richterlichen Funktion unfähig gemacht hatte. ***)

d. Wenn der judex pedaneus, statt über das Faktum zu entscheiden, gegen den Inhalt seines Auftrags über und gegen einen Rechtssaz entschied. †)

*) Cum magistratus datos judices, et unum ex his pronunciasse proponas, non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia jure non teneat. C. VII. 64. Quando provocare non est necesse. c. 4.

**) Cum non eo die, quo Prases provinciae praecepit, Judex ab eodem datus pronunciaverit, sed ductis diebus, alieniore tempore sententiam dedisse proponatur: ne ambages frustra interpositae provocationis ulterius negotium protrahant, Praeses provinciae, superstitiosa appellatione submota, ex integro inter vos cognoscet. C. VII. 64. 6.

***) Venales sententias, quae in mercedem a corruptis judicibus proferentur, etiam citra interpositae provocationis auxilium, jam pridem a Divis Principibus, infirmas esse decretum est. C. VII. 64. cons. 7.

†) Item, cum contra Sacras Constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure liti-

Digitized by Google

3. Wenn dem Verfahren die wesentlichen Eigenschaf-

gatoris pronunciatur. Nam si judex volenti se ex cura muneris vel tutelae, beneficio liberorum, aut aetatis, aut privilegii excusare, dixerit, neque filios, neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse: de jure constituto pronuntiasse intelligitur. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit, eum de aetate sua, aut de numero liberorum probasse, de jure litigatoris pronunciasse intelligitur. Quo casu appellatio necessaria est. ff. XLIX. T. 8. quae sententiae sine appellatione rescindantur fr. 1. §. 2. — Si cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, judex datus a Praeside provinciae pronunciavit, potuisse defunctum, etiam minorem quatuordecim annis, testamentum facere, ac per hoc aviam potiorem esse: sententiam ejus, contra tam manifesti juris formam datam, nullas habere vires, palam est: et ideo in hac specie non provocationis auxilium necessarium fuit. Quodsi, cum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum et per hoc, jure factum testamentum pronunciavit, nec provocasti, aut post appellationis impletam causam, destitisti: rem judicatam retractare non debes. C. VII. 64. cons. 1. Beyde Stellen reden von einem judex, welcher nicht aus eigner Macht, sondern auf Auftrag eines Staatsbeamten (magistratus) entscheidet. Der Zusammenhang zeigt deutlich genug, daß sowohl im Sinn des Fragmentisten, als des Verfassers des kaiserlichen Rescripts, dieser judex kein anderer als der judex pedaneus seyn konnte. Dieser lezte hatte aber über Thatfragen und keineswegs über Rechtsfragen zu urtheilen. Er sollte über das Recht der Parthey (jus litigatoris) nach Thatsachen, nicht nach Rechtssäzzen erkennen. Legte er seinem Urtheil dennoch Rechtssäzze zum Grunde, so überschritt er seinen Auftrag. Und waren diese Rechts-

ten eines rechtlichen Verfahrens fehlte. *) Hierher gehörte vorzüglich das Erkentniß gegen den Ungehörten und Nichtkontumacirten. **) Hierher gehörte die Entscheidung der Hauptfrage vor der rechtskräftigen Erledigung einer Präjudicialfrage. ***)

sätze noch oben drein falsch, so war das durch auftragswidrige Subsumtionen entstandene Urtheil, nothwendig nichtig. — Daß dies alles bey einer Gerichtsverfassung keiner Anwendung fähig sey, nach welcher die Beurtheilung des Daseyns oder Nichtdaseyns einer Thatsache und die rechtliche Construktion derselben, zur Funktion der nemlichen physischen Person gehört, versteht sich wohl von selbst.

*) Prolatam a Praeside sententiam contra solitum judiciorum ordinem, auctoritatem rei judicatae non obtinere certum est. C. VII. 45. de sent. et interl. cons. 4.

**) Cum ex edicto peremptorio, quod neque propositum est, neque in notitiam pervenit, absentis condemnatio sit, nullius momenti esse sententiam, Constitutiones demonstrant. ff. XLIX. 8. quae sent. s. appell. resc. fr. 1. §. 3. verglichen mit ff. XLII. 1. de re judicata fr. 55. — Si, ut proponis, pars diversa — ignorante te, a Judice dato, ferri sententiam, pro partibus suis, quasi contumaciter deesses, impetravit: non immerito Praeses denuo negotium alterius judicis notioni, terminandum commisit. C. VII. 43. Quomodo et quando judex etc. cons. 4.

***) Si ut proponis, suspensa apud Amplissimos judices, cognitione provocationis, quam te ob id interposuisse dicis, quod Decurio nominatus esses, ad Duumviratum vocatus es: manifestum est: praejudicium futurae notioni memoratorum Judicum fieri non potuisse. C. VII. 64. Cons. 3. — Man mußte Decurio seyn, um zum Duumvir gewählt zu werden. Die Ernennung zum Duumvir durch Recht und Urtheil enthielt daher eine nothwendige Nichtig-

Digitized by Google

4. Wenn der Inhalt des Urtheils selbst mit dem Zwek alles processualischen Verfahrens im Widerspruch stand. Dieser höhern Regel untergeordnet waren die Fälle:

a. Wenn das Urtheil dem schon rechtskräftig entschiedenen widersprach. (sententia contra rem judicatam) *)

b. Wenn die Allgemeinheit und Unbestimtheit einer Entscheidung dem Mangel einer Entscheidung gleich war. **)

c. Wenn das Urtheil Aussprüche enthielt, deren Erfüllung der Natur der Sache nach unmöglich war, wenn es mithin Unsinn verordnete. ***).

keit, wenn der Verurtheilte auf die von ihm eingelegte Appellation Befreyung vom Decurionat erwürkte.

*) C. VII. 64. Quando provocare non est necesse. c. 1.

**) Haec sententia, omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve, judicati actionem praestare non potest, cum apud judices, ita demum, sine certa quantitate facta condemnatio, auctoritate rei judicatae censeatur, si parte aliqua actorum, certa sit quantitas comprehensa. C. VII. 46. de sent. quae sine certa quant. etc. cons. 3. — Haec sententia, quae bona accepisti solve: cum incertum est quid accepisset — — judicati auctoritate non nititur. C. VII. 46. cons. 4.

***) Paulus respondit, impossibile praeceptum judicis nullius esse momenti. §. 1. Idem respondit ab ea sententia cui parere rerum natura non potuit, sine causa appellari. ff. XLIX. 8. Qua sententiae sine appellatione rescindantur. fr. 3.

5. Wenn das Urtheil, neben der eigentlichen Entscheidung des Streits, unrichtige Nebenbestimmungen enthielt, welche nicht zur Entscheidung des Streits gehörten, sondern blos aus dem Inhalt des Entschiedenen folgten. Es war Folgerung aus diesem Grundsaz, daß ein Rechnungsfehler nie rechtskräftig werden konnte. *)

*) Si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est, veluti si judex ita pronunciaverit: cum constet, Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere; idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno: nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur. Sed et si hujus quaestionis judex, sententiam centum confirmaverit, si quidem ideo, quod quinquaginta et vigintiquinque, fieri centum putaverit, adhuc idem error computationis est, nec appellare necesse est: si vero ideo, quoniam et alias species vigintiquinque fuisse dixerit, appellationi locus est. ff. XLIX. 8. fr. 1. §. 2. — Diese Stelle muß entweder gar nicht oder nur sehr nachlässig von denjenigen gelesen worden seyn, welche behauptet haben, daß ein in der höhern Instanz bestrittener und bestätigter Rechnungsirrthum rechtskräftig werde, oder mit andern Worten: daß zwar nicht der richterliche Rechnungsirrthum selbst, wohl aber die irrige richterliche Entscheidung über das Daseyn oder Nichtdaseyn eines richterlichen Rechnungsirrthums den Weg zur Appellation öfne. Diese Meinung ist zwar herrschend und in der Praxis allgemein angenommen, aber nach meiner Ansicht darum nicht weniger falsch und unjuristisch. Ein Rechnungsresultat ist ein Urtheil über ein objektives Zahlenverhältniß. Ein Urtheil über ein objektives Zahlenverhältniß aber ist kein Urtheil über das subjektive Rechts

Neben den natürlichen Nichtigkeiten gab es noch positive. Es gab Fälle, in welchen, was nach dem Zwek des processualischen Handelns gültig seyn mußte, durch die Willkühr des Gesezgebers für nichtig und ungültig erklärt wurde. Hieher gehörte die Nichtigkeit eines an einem der Religion geweihten Tage gesprochenen Urtheils; *) hieher gehörte die Nichtigkeit der Verurtheilung eines Veteranen **), oder eines Minderjährigen, gegen die Einwilligung seines Vaters, ***) zur Uebernahme eines lästi-

verhältniß zwischen den streitenden Theilen. Es kann der Grund des leztern seyn oder eine Folgerung aus demselben. Im erstern Fall kann der Rechnungsirrthum so wenig als irgend ein anderer falscher Entscheidungsgrund Rechtskraft erlangen, im zweyten ist er kein wesentlicher sondern nur ein zufälliger Theil des Urtheils, mithin ebenfalls kein Gegenstand von Rechtskraft. Ein Richter, welcher über das Daseyn oder Nichtdaseyn eines Rechnungsfehlers nach vorgängiger Verhandlung erkent, kömt mir ungefehr vor, wie ein Richter, welcher über die Frage handeln läßt und entscheidet: ob der Sirius zu den Fix- oder zu den Wandelsternen gehöre, ob die Erde sich um ihre eigne Axe oder um die Sonne herum bewege u. s. w. Ueberhaupt ist die Frage über das Daseyn oder Nichtdaseyn eines Rechnungsirrthums kein Gegenstand der richterlichen Reflexion, sondern der Reflexion des Rechnungsverständigen. Der Richter sollte diese Frage, der Consequenz der Grundsätze wegen, nie selbst entscheiden, sondern die Entscheidung der Kunstverständigen seinem Urtheil zum Grunde legen.

*) C. III. 12. de feriis cons. 11.

**) C. VII. 64. Quando provocare non est necesse cons. 9.

***) C. VII. 64. cons. 8.

gen Municipalamts. Vielleicht gehörte aber auch die Verurtheilung des Minderjährigen wegen dem ihm fehlenden jus standi in judicio zu den natürlichen Nichtigkeiten.

Es war hiermit keineswegs meine Absicht, alle Fälle, in welchen das römische Recht natürliche oder positive Nichtigkeiten des Processes oder des Urtheils annahm, vollständig aufzuzählen und erschöpfend zu klassificiren. Ich wollte nur die Hauptgesichtspunkte der Gesezgebung erläutern. Ich wollte nur die aus der Natur der Sache resultirende Grundsäzze durch positive Gesezze rechtfertigen.

Verschweigen darf ich indessen nicht, daß die Meinung der Interpreten unter dem Beifall der Praxis noch einen Hauptgrund der Urtheilsnichtigkeit in der Falschheit der Zeugenaussagen oder der Urkunden annimt, welche das Urtheil motivirt haben. Ob hier eine natürliche oder eine positive Nullität eintrete, darüber erklärt man sich nicht. Und an die genaue Betrachtung der einschlagenden Gesezstellen, haben ausser Wissenbach, Huber und Thomasius wenige gedacht. *)

Eine natürliche Nichtigkeit ist gewis bey einem auf falsche Urkunden oder Zeugenaussage gegründeten Urtheil nicht vorhanden. Denn Urkunden und Zeugenaus-

*) Ill. Huberi praelectiones juris civilis. p. 111. L. 42. T. 1. §. 48.

sagen enthalten nur Entscheidungsgründe. Entscheidungsgründe aber sind Thatsachen, und keineswegs Urtheile über subjektive Rechtsverhältnisse. An der Wahrheit oder Falschheit einer Thatsache, kann die Meinung des Richters und der Verzicht der Partheyen nichts abändern. Eben darum würkt Rechtskraft nur auf das den Streit entscheidende Urtheil selbst, nicht auf die das Urtheil begründende Motive; sie erhebt nur jene, nicht diese zu formeller Wahrheit. Ob die Falschheit des Entschädigungsgrundes versteckt oder offenbar sey, ob sie zur Zeit der Urtheilsabfassung erkenbar war, oder erst hinterher erkenbar wurde, ist einerley. Eben darum entscheidet Antonin, daß der im Moment der Urtheilsabfassung gewis vollkommen erkennbare Rechnungsirrthum, in so fern er das Urtheil begründet, nicht in so fern er durch das Urtheil begründet wird, Rechtskraft nicht ausschliesse. *) Wie sollte nun, der Natur der Sache nach, die erst hinterher erkennbare Falschheit einer Urkunden- oder einer Zeugenaussage entstandene Rechtskraft verhindern und das Gültige ungültig machen?

*) Res judicatae, si sub praetextu computationis instaurentur, nullus erit litium finis. C. VII. 52. de re judicata c. 2. Diese Stelle steht in keinem Widerspruch mit ff. 49. 8. fr. 1. §. 1. denn dort ist von dem Rechnungsirrthum als Ursache, hier von dem nemlichen Rechnungsirrthum als Folge eines Urtheils die Rede.

Digitized by Google

Hätte dennoch das römische Recht im angegebnen Fall das Urtheil für nichtig erklärt, so würde diese Nullität in die Klasse der positiven, nicht der natürlichen gehören. Allein die eben vorgetragene Meinung der Interpreten wird durch das römische Recht nicht gerechtfertigt. Die von Gönner angeführte Hauptstelle findet sich in den Pandekten. *) Sie redet äusserst bestimt — keineswegs von der Richtigkeit eines durch die wahrheitswidrige Aussage eines erkauften Zeugen motivirten Urtheils — sondern von einer dagegen zu ertheilenden Wiederherstellung in den vorigen Stand, welche bloß auf neue Zeugen oder Urkunden nicht begehrt und bewilligt werden konnte. **) Die Pandektenstelle steht mit den Stellen des Kodex, welche ebenfalls vom Einfluß

*) Divus Hadrianus aditus per libellum a Julio Tarentino, et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem judicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: Exemplum libelli dati mihi a Julio Tarentino mitti tibi jussi. Tu, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum et testibus pecunia corruptis oppressum se: et rem severe vindica: et, si qua a judice tam malo exemplo circumscripto judicata sunt, in integrum restitue. ff. XLII. 1. de re judicata fr. 33.

**) Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari, exemplo grave est. C. VII. 52. c. 4.

falscher Urkunden und erkaufter Zeugen auf die Würkungen des Urtheils reden, in keinem Widerspruch. *) Aus der ältern Entscheidung Hadrians sind die jüngern Caracallas, Alexanders und Gordians zu erklären, da die Worte der leztern den Interpreten nicht nöthigen eine Abänderung des vom erstern aufgestellten Grundsazzes anzunehmen. Es ist auch der Würkung nach nicht einerley, ob das durch falsche Urkunden oder durch die Aussage bestochener Zeugen motivirte Urtheil absolut nichtig ist, oder ob es blos ein Wiederherstellungsgesuch begründet. Im ersten Fall erzeugt es kein formelles Recht. Im zweyten kann das dadurch erzeugte formelle Recht binnen der Restitutionsfrist der Gegenstand einer neuen richterlichen Untersuchung werden. Im ersten Fall befreyt blos der dreyßigjährige Besiz den durch kein formelles Recht geschüzten ungerechten Sieger von der Nichtigkeitsklage des ungerecht Besiegten; im zweyten Fall besteht das formelle Recht des erstern, und wird durch vierjähriges Schweigen gegen den in der Restitutionsklage enthaltenen Angrif gesichert.

So weit das römische Recht über processualische Nichtigkeiten.

B. Das kanonische Recht ist für diese wichtige Lehre eine unfruchtbare und undankbare Quelle. Es ân-

*) C. VII. 58. Si ex falsis instrumentis vel testimoniis judicatum sit. c. 1, 2, 3, 4.

derte nichts darin ab. Es führte zum Glük für die Rechtspflege, keine neue positive processualische Nichtigkeiten ein. Die Meinung, daß es die Nichtigkeit eines auf falsche Entscheidungsgründe gebauten Urtheils über das Daseyn oder Nichtdaseyn einer Ehe verordnet habe, ist, wie ich nachher zeigen werde, aus offenbaren Misverständnissen hervorgegangen. Nur wenig Verfügungen des kanonischen Rechts reden von processualischen Nichtigkeiten. *) Diese wenige Stellen athmen Reminiscenzen aus dem römischen Recht. Sie zeigen keine genaue Bekantschaft mit dem Geist jenes philosophischen und höchst consequenten Gesezgebungssystems. So stellt z. B. C. 1. X. de sententia et re judicata (L. 11. Decr. T. 27. cap. 1.) in sehr unbestimter und unanwendbarer Allgemeinheit ff. XLIX. 8. fr. 1. §. 2. C. VII. 64. cons. 2. dar.

Desto wichtiger für die Nullitätentheorie war

C. die deutsche Justizgesezgebung. — Der jüngste Reichsabschied gab eine erschöpfende, obgleich we-

*) Sententia contra leges (römisches, weltliches Recht) canonesve (geistliches, päbstliches Recht) prolata, licet non sit appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso jure. L. 11. Decr. T. 27. de sententia et re judicata. cap. 1. — Ea quae fiunt a judice si ad ejus non spectant officium, viribus non subsistunt. Liber sextus Decret. L. 5. T. 13. de regulis juris. Regula 26.

Digitized by Google

nig verstandene und für den gemeinen Menschenverstand der Gerichte wenig verständliche Bestimmung.

Geist und Tendenz des Gesezzes läßt sich ohne Rükblik auf dasjenige, was vorherging und auf die Geschichte der deutschen Justizpflege im 16ten und 17ten Jahrhundert nicht darstellen.

Schon lange vor der permanenten Errichtung der höchsten Reichsgerichte hatte sich aus den Trümmern der kaiserlichen Macht die Territorialjustiz der Reichsstände furchtbar und selbstständig erhoben. Die goldne Bulle hatte das uneingeschränkte Privilegium de non appellando der Kurfürsten befestigt. Doch wurde die oberaufsehende Gewalt des Kaisers nicht bestritten. Sie war Ausfluß der ihm unbestritten zukommenden obersten Justiz. Nur konnte sie nicht allgemein und in jedem Augenblik würksam werden, so lange es ihr an einem stets fortwürkenden Organ fehlte. Sie erhielt dieses Organ durch die Errichtung eines permanenten, überall anerkanten obersten Reichsjustizhofs.

Durch die Errichtung des Reichskammergerichts wurde eine Kollision zwischen der Reichs- und Territorialjustiz unvermeidlich. Beyde flossen aus durchaus verschiedenen Quellen, die Territorialjustiz aus der angebohrnen erblichen — in der Folge durch den prächtigen Namen Landeshoheit geadelten — Gerichtsbarkeit des Herrn

des Landes über die Einsäßige desselben, die Reichsjustiz aus der vom Reich übertragenen Gerichtsbarkeit des gewählten Kaisers, über den Herrn des Landes selbst. Beyde Jurisdiktionen waren hiernach nicht Emanationen aus der einen und nemlichen Machtquelle, wie die Jurisdiktionen der einander subordinirten Instanzen der Territorialjustiz selbst. Beyde flossen aus verschiedenen in einem gewissen Sinn sich durchkreuzzenden Quellen. Die wechselseitigen Beschränkungen der Territorial- und der Reichsjustiz waren durch die Verfassung selbst sanktionirt. Der Kaiser konnte der Territorialjustiz, jeder Landesherr konnte der Reichsjustiz keine engere Gränzen sezzen. Der Kaiser konnte zwar Appellationsprivilegien ertheilen; allein dadurch wurden nicht die Gränzen der Territorialjustiz erweitert, sondern nur dem Landesherrn die Ausübung eines Zweiges der kaiserlichen Macht permanent übertragen.

Zwischen der Territorial- und der Reichsjustiz war ein doppeltes Verhältniß begründet. Einmal waren die Reichsgerichte die lezte Instanz. Zweytens übten sie eine allgemeine und eine besondere Oberaufsicht über die Territorialjustizpflege aus. In dieser zweyten Hinsicht stand den Unterthanen der Weg an die Reichsgerichte offen, wenn der Landesherr entweder gar keine oder schlecht organisirte Gerichte angeordnet, oder wenn die

angeordnete Gerichte in einzelnen Rechtssachen gar keine oder eine fehlerhafte Justiz administrirt hatten.

Beyde Verhältnisse dürfen nicht miteinander verwechselt werden. Beyde wurden auf verschiedene Art würksam. Im Wege der Appellation wurden die Reichsgerichte als Instanz, im Wege der Beschwerde wurden sie als oberaufsehende Staatsbehörde angegangen. Dort wurde das Urtheil, hier der Landesherr, oder die von ihm angeordnete Justizstelle angegriffen. Dort war der Weg zum Appellationsproceß, hier zum Citations- oder Mandatsproceß geöfnet. Dort wurde das Rechtsmittel Appellation, hier wurde es Querel genant. Auch hatte die Beschränkung des einen Verhältnisses nicht die Beschränkung des andern zur Folge. Ungeachtet des gesezlichen uneingeschränkten Appellationsprivilegiums der Kurfürsten, ungeachtet der einzelnen Fürsten und Reichsständen ertheilten kaiserlichen Appellationsprivilegien, blieb den Unterthanen die Hülfe der Reichstribunäle, in Fällen verweigerter, verzögerter oder nichtig geleisteter Justiz, unverschlossen.

So erzeugte die Individualität der deutschen Justizverfassung ein dem römischen Recht als eignes Rechtsmittel unbekantes devolutives Rechtsmittel — die Nichtigkeitsklage (querela nullitatis). Es war nicht im Instanzenverhältniß, sondern in der kaiserlichen Ober-

aufsicht (jus supremae inspectionis caesareae) gegründet. Das den Kaiser vertretende Reichsgericht wurde nicht als Richter der Gegenparthey, sondern als Obrigkeit des Richters angerufen. Nach der Tendenz des Rechtsmittels sollte das Rechtliche nicht von der Reichsjustiz erkant, sondern das Territorialgericht sollte nur vom Reichsgericht angewiesen werden, mit Wiederaufhebung eines nichtigen Verfahrens, das Rechtliche selbst zu erkennen.

Statt indessen die Nichtigkeitsklage nach der Individualität der Organisation des deutschen Justizwesens auszubilden, fiel die Praxis durch eine leicht erklärbare aber nicht sehr glükliche Ideenassociation auf den Einfall, alles was sich im römischen und kanonischen Recht über Nichtigkeiten fand, auf die Nichtigkeitsklage des reichsgerichtlichen Processes anzuwenden. Diese Nichtigkeitsklage wurde jezt eine chicanöse auf die Umgehung der Appellationsprivilegien und selbst der Rechtskraft berechnete Erfindung. Was das römische Recht von Erkenntnissen des judex pedaneus contra sacras constitutiones verordnet hatte, wurde diesem Rechtsmittel beygelegt. Die von den Territorialgerichten abgewiesene Parthey lenkte bey den Reichsgerichten den Weg der Nichtigkeitsquerel ein, wenn ihr der Weg der Appellation durch Gesez, Privilegium oder Rechtskraft verschlossen war. Was ihr der Geist des Gesezzes versagte, suchte sie unter dem Schuz

des Buchstabens desselben zu erlangen. Den Reichsgerichten war eine Erfindung willkommen, welche ihnen als oberaufsehende Gewalt reichlich und mit Zugabe zurükgab, was ihnen als Instanz war genommen worden.

So häuften sich — durch eine Art von Conspiration zwischen Richter und Partheyen — die Nichtigkeitsbeschwerden ins Unendliche. Ausser dem Misbrauch des römischen Rechts boten auch die Formalitäten des vor dem jüngsten Reichsabschied sehr verwikkelten deutschen Processes dazu volle Gelegenheit dar. Da gab es allgemeine und besondere Calumnieneide, ein Eid über Positionen, ein artikulirter Libell, Additional- und Superadditionalartikel, Elisivartikel u. s. w. War eine dieser Formen verlezt, so war contra solitum ordinem judiciorum verfahren worden. Das römische Recht erklärte ja das auf ein solches Verfahren gegründete Urtheil für nichtig. *) Wenigstens hatte die Gesezgebung nirgends zwischen wesentlichen und ausserwesentlichen Formalitäten des Processes unterschieden. Ueber den Sinn der bekanten Clementina Saepe etc. **) war man nicht einverstanden.

Unter diesen Umständen war die Einschränkung und nähere Bestimmung der Nichtigkeitsklage durchaus nöthig; — nicht blos in Hinsicht des Interesses der Justiz, der

*) C. VII. 45. 4.
**) Clem. L. V. T. 11. c. 2.

Unsicherheit aller Rechtskraft, der Endlosigkeit der Processe; auch die Reichsstände hatten dabey ein hohes Privatinteresse. Ihr Ansehn als oberste Instanzrichter, der Werth ihrer Appellationsprivilegien hing, von jener Einschränkung ab. Sie war ein Gegenstand der dem jüngsten Reichsabschied vorangegangenen reichstägigen Berathschlagungen.

Nach mehreren angenommenen und verworfenen Vorschlägen vereinigten sich alle Stimmen in einem Reichsgutachten vom 10ten alten oder 20ten December 1653 neuen Styls, über die Regel, daß Nullitäten gleich gemeinen Beschwerden gegen Urtheile, der Nothwendigkeit der Appellation binnen zehntägiger Nothfrist unterworfen, doch Restitution dagegen gestattet, und nur diejenige Nichtigkeiten, welche insanabilem defectum ex persona judicis aut partis oder ex substantialibus processus haben" nach dem gemeinen Recht beurtheilt werden sollten. Die kaiserliche Ratifikation erfolgte am $\frac{13}{23}$ten April 1654. Sie bezog sich in allgemeinen Ausdrükken auf das Reichsgutachten, ohne etwas darin abzuändern. Sie veranlaßte eine neue Berathschlagung und am $\frac{18}{28}$sten April 1654 einen Beschluß des Fürstenraths des Inhalts:

der Nullitäten halber wird wiederhohlt, daß

ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das jus naturale laufend, und den nullitatibus juris positivi zu machen, dergestalt, daß in diesen das fatale decendii sowohl als in den appellationibus hinfüro statt haben, in jenen aber es wegen der Zeit, in welcher die Klage der Nullität einzuwenden, bei den gemeinen Rechten gelassen werden soll.

Die Re- und Correlation und die kaiserliche Ratifikation vom $\frac{23\text{ten April}}{3\text{ten May}}$ 1654 erhob das Gutachten des Fürstenraths zum Reichsschluß; allein — durch ein Versehn der Reichskanzley wurde in dem am 17ten May 1654 erfolgten Reichsabschied nicht der Reichsschluß vom Monat April 1654, sondern die Worte des vorigen Schlusses vom Monat December 1653 aufgenommen. *) Streitig bleibt jezt die Frage, ob die Worte des jüngsten Reichsabschiedes §. 121. und 122. aus sich selbst, oder aus dem unmittelbar vorangegangenen Reichsschluß zu erklären sind; mit andern Worten: ob das Gesez bloß natürliche Nichtigkeiten des processualischen Verfahrens oder ob es bloß solche Nichtigkeiten anerkenne, welche aus unheilbaren Feh-

*) Den ganzen Hergang erzählt Kopp aus v. Meyern Reichstagshandlungen von 1653. u. 1654. de Cannegieser Decisiones tribunalis Cassellani Dec. 118.

lern in der Person des Richters, der Partheyen, oder in den Substantialien des Processes resultiren. — Für die erste Meinung erklärten sich Kopp und Bidermann, für die zweyte Schnaubert, *) dem in neuern Zeiten Grolman und Gönner beytraten. Kopp nahm ausser den im jüngsten Reichsabschied ausdrüklich genanten drey Klassen von unheilbaren Nichtigkeiten noch eine vierte Klasse an, welche er nullitates ex meritis causae resultantes nante. Ueber den Begrif der leztern erklärte er sich nicht.

Wenn mich nicht alles täuscht, so ist der ganze Streit vollkommen überflüssig. Nur die Worte des 121ten und 122ten Paragraphs des jüngsten Reichsabschiedes, sind von den Worten des demselben unmittelbar zum Grunde liegenden Reichsschlusses verschieden; der Sinn ist durchaus der nemliche. Schnaubert hat dies bemerkt; nur sezt er seiner Bemerkung eine Einschränkung hinzu, welche ich nicht unterschreiben kann. Er nimt an, daß das Reichsgutachten vom 3ten May 1654 nur eine Erklärung und nähere Bestimmung des Reichsgutachtens vom 20sten December 1653 enthalten habe, wie schon die Worte zeigten, „der Nullitäten halber wird wiederhohlt.“ u. s. w. Er glaubt, die Wiederhohlung habe man darum für nöthig gehalten, weil die Ausdrükke der kaiserlichen

*) A. J. Schnaubert, Erörterung der Lehre von den heilbaren und unheilbaren Nullitäten §. 111. u. f.

Ratifikation vom 23ſten April 1654 zu allgemein geweſen wären; allein — ſo wird nun weiter gefolgert — nicht alle, ſondern nur diejenige natürliche Nichtigkeiten habe der Reichstag den Diſpoſitionen des gemeinen Rechts unterworfen, welche aus unheilbaren Mängeln in der Perſon des Richters, der Partheyen oder der Subſtantialien des Proceſſes reſultirten. Andere natürliche Nichtigkeiten wären für heilbar erklärt und in die Klaſſe derjenigen Nullitäten geſezt worden, welche nach zehntägigem Stillſchweigen Gültigkeit erlangten. *) Einmal legt dieſe Erklärung dem Geſezgeber Unſinn in den Mund. Was natürlich, d. h. nach der Natur der Sache, nach den Geſezzen des Denkens und Erkennens nichtig iſt, kann durch kein poſitives Geſez weder nach zehn Tagen noch nach hundert Jahren für gültig und rechtsverbindlich erklärt werden. Zweitens unterſcheiden aber auch die Worte des Reichsſchluſſes vom 3ten May 1654 höchſt einfach und ohne alle Einſchränkung nullitates juris naturalis und juris positivi; ſie beziehen die erſtern nicht auf die im Reichsgutachten vom 23ſten December 1653 beſchriebene aus weſentlichen Mängeln der Subjecte des Proceſſes und des Proceſſes ſelbſt reſultirende Nulli-

*) Schnaubert a. a. O. §. 25. und 26.

täten; sie lassen mithin die Deutung nicht zu, daß andere natürliche Nullitäten nicht den Dispositionen des gemeinen Rechts, sondern der Wahrnehmung der zehntägigen Nothfrist wären unterworfen worden. Wohl aber wird die gesezliche Interpretation durch das Wort wiederhohlt, genöthigt anzunehmen, daß die Verfasser des Reichsgutachtens vom 20sten December 1653 unter den Worten „Nichtigkeiten, welche insanabilem defectum ex persona judicis aut partis oder ex substantialibus processus haben" nichts anders als die nullitates juris naturalis des Reichsgutachtens vom 28sten April 1654 verstehen konnten, daß sie mit beyden einen durchaus identischen Begrif verbanden, und daß es nach ihrer Ansicht keine weitere nullitates juris naturalis als diejenige gebe, welche insanabilem defectum ex persona judicis aut partis oder ex substantialibus processus haben. Diese Ansicht wird sich auch bey näherer Zergliederung vollkommen rechtfertigen, es wird sich zeigen lassen, daß Nichtigkeiten, welche Kopp nullitates ex meritis causae resultantes nent, unter den vom jüngsten Reichsabschied beschriebenen unheilbaren Nichtigkeiten würklich enthalten sind.

Gewis verstand Kopp unter jenen Nichtigkeiten keine andere als diejenige, welche aus dem bloßen Inhalt des Urtheils hervorgehen. Nichtigkeiten dieser Art

gehören aber nach meiner Einsicht, zu den unheilbaren Mängeln der Substantialien des Processes.

Das ganze Verfahren, Proceß genant, ist ein Inbegrif mehrerer einzelner successiver Handlungen. Sie fangen mit der Ladung an und endigen mit dem Urtheil, oder wenn man will, mit der Exekution. Sie sind theils wesentlich, theils zufällig. Jenes sind die Substantialien, dieses die Accidentalien des Processes. Jene können ohne unheilbare Nichtigkeit nicht fehlen. Es ist indessen nicht genug, daß die wesentliche Handlungen des Processes selbst vorgegangen sind. Jeder einzelnen wesentlichen Handlung darf es ebenfalls nicht an ihren wesentlichen Eigenschaften mangeln. Leztere sind nichts anders als die in der einzelnen Handlung enthaltene einzelne Akte durch deren Daseyn die einzelne wesentliche processualische Handlung ihrem Zwekbegrif entspricht. Diese einzelne Acte verhalten sich zur einzelnen Handlung wie diese zum ganzen Proceß. Sie gehören zu den Substantialien der einzelnen Handlung, wie diese zu den Substantialien des ganzen Verfahrens selbst. Sind sie nicht vorhanden, so ist es so gut, als wenn die einzelne wesentliche Handlung des Processes selbst nicht vorhanden wäre. Und kann diese nicht als vorhanden betrachtet werden, so fehlt es an den Substantialien des Processes überhaupt.

Ohne Frage gehört zu jenen wesentlichen Handlungen

in einem sehr vorzüglichen Sinn — das Urtheil. Beym Mangel des Daseyns desselben würde der Uebergang zur Exekution einen Salto mortale darstellen. Allein das Urtheil selbst hat wieder wesentliche und ausserwesentliche Eigenschaften. Jene gehn aus seinem nothwendigen Zwek hervor. Es ist kein anderer als folgender: es soll den Streit entscheiden oder das verhandelte würkliche Recht formalisiren. Die ausserwesentliche Eigenschaften des Urtheils kann man weiter, wenn man will, in natürliche und blos zufällige eintheilen, zu jenen rechnen, daß es den Streit gerecht und gesezmäßig entscheide, und das Gegentheil als etwas zufälliges betrachten. Dagegen fehlt es einem den Streit nicht bedingt oder unbedingt entscheidenden Urtheil an seinen wesentlichen Eigenschaften, und eben dadurch dem Proceß an seinen Substantialien. —

Die Bestimmungen des Jüngsten Reichsabschiedes sind hiernach durchaus erschöpfend. Sie sprechen über alle natürliche Richtigkeiten ohne alle Ausnahme das Verdammungsurtheil aus. Sie bezeichnen alle subjektive Nullitäten durch die Beschreibung, daß sie insanabilem defectum ex persona partis vel judicis, alle objektive durch die Beschreibung, daß sie insanabilem defectum ex substantialibus processus hätten. Sie brachen durch die lezte Bezeichnung dem das Streitobiekt nicht berührenden, eine moralische oder physische Unmög-

Digitized by Google

lichkeit auferlegenden Urtheil, dem dunkeln und unverständlichen Urtheil, demjenigen, welches so allgemein und unbestimt entscheidet, daß es eigentlich gar nichts entscheidet, z. B. der Beklagte solle dem Kläger was er ihm schuldig nebst Zinsen bezahlen — den Stab. Sie sagten in wenigen Worten alles, was gesagt werden mußte, um Richter und Partheyen von der Absicht des Gesezgebers zu überzeugen, daß nichts anders als eigentliche processualische Nichtigkeit solle behandelt werden, als was nach der Natur der Sache, nach den Gesezzen des Denkens und Erkennens, nach dem Zwek alles processualischen Verfahrens, würklich nichtig sey, und was, wenn auch kein Gesez sich darüber erklärt hätte, nichtig bleibe. Alle positive Nichtigkeiten würden ausgeschlossen oder vielmehr für heilbar erklärt. Nichtigkeiten, welche die ältere Praxis wegen verlezten Förmlichkeiten des Processes annahm, z. B. unterlassene Vorladung der Partheyen um der Beeidigung der Zeugen beyzuwohnen, unterlassene Mittheilung der Beweisartikel, unterlassene Aufforderung zur Einreichung von Fragstükken, Umgehung der allgemeinen oder besondern Calumnieneide u. s. w. wurden Nichtigkeiten genant, welche ex formalitate et subtilitate processus flössen; wer deswegen queruliren wollte wurde zur Wahrnehmung der zehntägigen Nothfrist angewiesen. Eben so wurden die positiven Nichtigkeiten des römischen Rechts,

z. B. die Nichtigkeit des an einem Sontag publicirten Urtheils aufgehoben.

Der vorhin aus der bloßen Natur der Sache deducirte oberste Erkennungsgrund aller eigentlichen processualischen Nichtigkeiten, erhielt daher durch das römische Recht eine stillschweigende, durch die deutsche Justizgesezgebung eine ausdrükliche Sanktion.

Das Interesse der Unterthanen und das Interesse der Reichsstände wurde durch diese Bestimmung glüklich vereinigt. Noch immer konnten die Partheyen, ungeachtet der uneingeschränkten Appellationsprivilegien ihrer Landesherrn, Nullitätenbeschwerden gegen die Misgriffe der Territorialjustiz erheben. Sie konnten aber dieses Recht nicht zur Umgehung jener Appellationsprivilegien misbrauchen. Die oberaufsehende Gewalt der Reichsgerichte tratt in ihre natürliche Gränze zurük. Die Hoheit der Reichsstände war auf Kosten der Chicane gerettet. Durch die Abschaffung positiver Nichtigkeiten gewannen alle Interessenten.

Ich glaube nun den obersten Erkennungsgrund eigentlicher processualischer Nichtigkeiten vollständig deducirt zu haben.

Der praktische Gewinn dieser Deduktion ist bedeutend.

Digitized by Google

Für unheilbare Nichtigkeiten wird dadurch ein Canon festgesezt. Er ist von der Vernunft gegeben. Das positive Gesez hat ihn noch dazu ausdrüklich proklamirt.

Jede angebliche Nichtigkeit läßt sich nach diesem Canon auf der Stelle prüfen. Es läßt sich auf der Stelle entscheiden, ob aus einer angeblich nichtigen richterlichen Handlung, etwas rechtliches herauskommen könne oder nicht.

Das von den Schranken des Positiven entfesselte Causalitätsgesez, wie es sich in jedem gesund organisirten Kopf ausspricht, wird vom positiven Gesez selbst, zum Richter über Nullitäten erhoben.

Die Festsezzung des Standpunkts, von welchem ausgegangen werden muß, ist folgenreich für die Bahn, durch welche, und für das Ziel, zu welchem derselbe führt.

Beurtheilte man bisher das Daseyn oder Nichtdaseyn unheilbarer Nichtigkeiten entweder nach gar keinem, oder wie Pütter, nach einem undeutlichen, oder wie Gönner, nach einem ganz falschen Erkennungsprinzip, so konnte man auch über die Würkungen der Nichtigkeitsbeschwerde weder deutliche noch richtige Vorstellungen auffassen.

Es ist nicht meine Absicht diese Würkungen vollständig darzustellen.

Digitized by Google

Ich will nur diejenige herausheben, über welche man bisher sich entweder nichts deutliches und bestimtes denken, oder über welche man nicht einig werden konnte.

Theils durch Controverse, theils durch die Dunkelheit der herrschenden Vorstellungsarten werden folgende drey Fragen veranlaßt.

1. Wie lange dauert die Nichtigkeitsbeschwerde?

2. Muß sie nothwendig bey dem höhern, oder kann sie auch bey dem nemlichen Richter geführt werden?

3. In wie fern sezt sie den nichtig erkennenden oder handelnden Richter in Verantwortlichkeit?

---

ad 1. Wie lange dauert die Nichtigkeitsbeschwerde?

Gönner sagt: „schon dunkles Gefühl von Billigkeit scheint es zu fordern, daß eine Verabsäumung „des engen Termins von zehn Tagen, auf welchen die „Appellation als das ordentliche Rechtsmittel gegen Erkenntnisse beschränkt ist, ihre Würkungen auf den enormen Grad von Rechtsverlezzung durch ein nichtiges Urtheil nicht erstrekke." *) Allein schwerlich hatte sich der scharfsinnige Theoretiker, als er diese Zeilen niederschrieb, selbst über das dunkle Billigkeitsgefühl erho-

*) Gönner a. a. O. §. 2.

Digitized by Google

ben. — „Groß waren die Begünstigungen“ — sagt er ferner — „welche dieses Rechtsmittel bey den Römern „fand. Nur zehen Tage standen zur Appellation — „dreyßig Jahre waren zur Nullitätsklage offen.“*) — Hier wird ohne strenge Untersuchung nachgeschrieben, was in hundert Lehrbüchern freylich ohne Beweis war gesagt worden.

Ueber die Dauer der Nichtigkeitsbeschwerde erklärte sich das römische Recht nicht. Nach der Dauer persönlicher oder dinglicher Klagen kann man sie nicht bestimmen. Es gibt keine actio oder condictio nullitatis. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist gegen den Richter nicht gegen die Parthey gerichtet. Es wird dadurch nicht ein Anspruch gegen einen Mitbürger geltend gemacht, sondern der Misgrif einer Staatsbehörde bekämpft. Aus der gesezlichen Bestimmung, daß der Berechtigte gegen den Verbundenen, nach dreyßigjährigem Schweigen, seine Forderung durch Hülfe des Staats nicht mehr könne geltend machen, folgt keineswegs, daß der durch eine Staatsbehörde mishandelte Bürger, nach gleichem Zeitablauf die Hülfe einer vorgesezten Staatsbehörde nicht mehr anrufen dürfe. So viel im Allgemeinen gegen die Anwendbarkeit der L. 3. C. de praescriptione XXX. vel XL. annorum (VII. 39.) auf die querela nullitatis.

*) Gönner a. a. O. §. X

Die Unanwendbarkeit jenes Gesezzes auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird noch auffallender, wenn man auf den Grund der Extinktivverjährung, auf den Grund der Nothfrist und auf den Inhalt und die Tendenz der Nichtigkeitsbeschwerde zurükgeht.

Eigentlich beruht die dreyßigjährige Erlöschungsfrist der Klagen, und die zehntägige Nothfrist der Appellation auf gleichem gesezlichem Grunde — auf dem Bedürfniß der bürgerlichen Ruhe, auf der Forderung des Staats, daß Rechte und Ansprüche nicht ewig ungewis bleiben.

Absichtlich sage ich die zehntägige Nothfrist, oder die zehntägige Dauer der Appellationsbefugniß; denn — wie ich in der Darstellung der Natur der Adhäsion zeigte — die Rechtskraft selbst, obgleich ihre Würkungen die Forderung der bürgerlichen Ruhe befriedigen, läßt sich keineswegs durch diese Forderung rechtlich begründen. Mit andern Worten: daß grade nach dem kurzen Ablauf von zehn Tagen Rechtskraft entstehe, nicht aber, daß überhaupt Rechtskraft entstehe konnte durch das Bedürfniß der bürgerlichen Ruhe geboten werden.

Sowohl bey der Nothfrist der Appellation, als bey der Erlöschungsfrist der Klage fingirt das Gesez eine Verzichtleistung auf richterliche Hülfe.

Digitized by Google

Der Nichtappellant entsagt auf weitere Vertheidigung vor dem höhern Richter; der Nichtklagende auf Vertheidigung vor dem Richter überhaupt.

Der Nichtappellant nimt das vom Richter formalisirte Recht für den Inhalt seines würklichen Rechts an; der Nichtklagende gibt nach dreyßig Jahren sein würkliches Recht auf.

Durch die Folgen der von der einen Seite unterlassenen Appellation erlangt der andre Theil positiv oder negativ, bedingt (beym Beweisinterlokut) oder unbedingt (bey einem pur condemnirenden oder absolvirenden Urtheil) ein Recht auf das ihm richterlich zuerkante Objekt, welches ihm ausserdem vielleicht nicht zustand; er erlangt das Recht positiv, wenn ihm die vom andern besessene Sache, oder ein auf dem andern haftender Anspruch zugesprochen, er erlangt es negativ, wenn er selbst von der Herausgabe der besessenen Sache, oder von einem gegen ihn erhobenen Anspruch freygesprochen wird. Durch die Folgen der von einem Theil aufgegebenen Klage erlangt der andere negativ und unbedingt ein Recht auf den Besiz einer ihm vielleicht nicht zugehörenden Sache, oder auf Befreyung von einem vielleicht würklich auf ihm haftenden Anspruch.

So werden nach zehn Tagen durch Nichtgebrauch der

Appellation, nach dreyßig Jahren durch Nichtgebrauch der Klage, neue Rechtsverhältnisse erzeugt.

Processualische Nichtigkeiten dagegen — mögen es Nichtigkeiten der Sentenz oder des Verfahrens seyn — bringen gar keine Würkungen hervor. Sie ändern an den Rechtsverhältnissen der streitenden Theile nichts ab. Sie lassen alles im vorigen Zustand.

Der Zwek alles processualischen Verfahrens — Formalisirung des verhandelten würklichen Rechts — bleibt unerreicht. Etwas anders als formelles Recht kann aus dem processualischen Verfahren nicht hervorgehn. Wie, wenn und wodurch sollte denn ein nichtiges Urtheil in den Rechtsverhältnissen der streitenden Theile in Ansehung des Objekts des Streits etwas verändern können?

Drükt daher ein nichtiges Urtheil keine rechtsverbindliche Norm für beyde streitende Theile nach zehn Tagen aus, so kann es eine solche Norm auch nicht nach dreyßig Jahren enthalten. Kann keine gesezliche Fiktion dem Nichtquerulanten nach zehn Tagen den Inhalt des nichtigen Urtheils als formelles Recht aufdringen, so wird man wohl nicht annehmen wollen, daß dies nach dreyßig Jahren geschehe. Die auf das Causalitätsgesez gegründete Regel des römischen Rechts: quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere non potest, wird auch wohl hier ihre Wahrheit und Anwendbarkeit behaupten.

Ihrem Inhalt nach stellt die Nichtigkeitsbeschwerde die Gründe dar, warum die angeblich nichtige richterliche Handlung keine rechtliche Würkung habe hervorbringen können. Ihre Tendenz ist nicht auf richterliche Abänderung des Entstandenen, sondern auf richterliche Anerkennung, daß nichts entstanden sey, gerichtet. Wer möchte nun behaupten, nach dreyßig Jahren werde das Nichtige gültig, das Würkungslose würksam, und eben darum die Bitte, um richterliche Anerkennung, daß nichts geschehen sey, unzulässig?

Das römische Recht sezt sehr konsequent ein Urtheil, welches den Beklagten im Allgemeinen anweißt, dem Kläger, was er ihm schuldig sey, nebst Zinsen zu bezahlen, *) in die Klasse nichtiger Sentenzen. Eigentlich hätten beyde Theile Ursache die Nichtigkeitsbeschwerde dagegen zu erheben. Wer mögte den Unsinn behaupten, nach dreyßig Jahren hätten beyde Theile auf die Nichtigkeitsbeschwerde verzichtet; der Sieger könne nun ohne weiteres die Vollziehung des Urtheils verlangen. — Man sage nicht, nach dreyßig Jahren sey die Hauptklage selbst erloschen. Nach einmal eingeleitetem Rechtsstreit schüzt das Gesez die Rechtsverfolgung durch vierzigjährige Dauer. **)

Also wäre der Nichtigkeitsbeschwerde, der Natur der

*) C. VII. 46. c. 3.

**) C. VII. 39. de praesc. XXX. vel XL. annorum cons. 9.

Sache nach, gar keine Dauer vorgeschrieben? Sie wäre auch nach dem längsten Zeitablauf noch immer zulässig? — Keineswegs. Nur wende man keine positive Vorschrift des römischen Rechts, am wenigsten die gar nicht hieher gehörende L. 3. C. de praesc. XXX. vel XL. annor. an.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist so wenig als die Appellation eine Klage. Beyde sezzen eine schon eingeleitete Klage, einen schon verhandelten Rechtsstreit voraus. Durch beyde wird keine Rechtsvertheidigung begonnen, sondern fortgesezt.

Bey der Frage, ob die Nichtigkeitsbeschwerde fortdaure, kömt es einzig und allein darauf an, ob der, — wenn die Querel gegründet ist — als nicht geendigt zu betrachtende Streit, fortgesezt werden könne oder nicht, mit andern Worten, ob die Rechtsverfolgung erloschen sey oder noch fortdaure?

Daß die fortgesezte Rechtsverfolgung, oder vielmehr die Reassumtion des Processes grade durch eine Nichtigkeitsbeschwerde beginne, ist zufällig und für die Beantwortung der Frage ohne Folgen. Indessen wird freylich diese Beantwortung nach der Mannigfaltigkeit der Fälle verschieden ausfallen müssen.

War die Rechtsverfolgung nichtig eingeleitet, z. B. bey einem inkompetenten Richter, durch einen unqualificirten Kläger, gegen einen unqualificirten Beklagten, so

war sie eigentlich gar nicht eingeleitet. Das ganze Verfahren war eine fortgesezte Nichtigkeit. Das eine würklich eingeleitete und anhängige Klage durch verlängerte Dauer schüzzende Gesez, kömt einer solchen Rechtsverfolgung nicht zu gut. Die Nichtigkeitsquerel ist mit der Hauptklage erloschen, — viel früher als nach dreyßig Jahren, wenn leztere im Lauf der Verjährungsfrist, nichtig war angestellt worden.

War die Rechtsverfolgung gültig eingeleitet, aber nichtig beendigt, so wird der Berechtigte noch lange nach Ablauf des dreyßigsten Jahrs die Nichtigkeitsbeschwerde erheben können, da die gerichtliche Würksamkeit der pendent gewordenen Klage erst nach vierzig Jahren aufhört.

Es folgt hieraus, daß die Nichtigkeitsquerel bald an eine kürzere bald an eine längere als die dreyßigjährige Dauer gebunden sey, daß sie nie eine selbstständige, sondern immer nur eine von der dadurch intendirten Rechtsverfolgung abhängige Existenz habe, und daß der Gegensaz zwischen der dreyßigjährigen Nichtigkeitsquerel und der zehntägigen Nothfrist der Appellation als falsch und willkührlich aus den Lehrbüchern ausgestrichen werden muß.

Diese Deduktion der Dauer der Nichtigkeitsbeschwerde bedarf abermals keiner gesezlichen Begründung. Bey dem Stillschweigen des römischen und kanonischen

Rechts *) konnte nur die Natur der Sache und weiter nichts entscheiden. Der jüngste Reichsabschied erwähnt zwar beyläufig und enunciativ einer dreyßigjährigen Dauer jener Querel. Allein am Schluß des Gesezzes wird das gemeine römische und kanonische Recht, — grade in Ansehung der Dauer der Nichtigkeitsbeschwerde bestätigt. Dies ist der dispositive Theil des Gesezzes. Der enunciative kann dagegen nicht in Betracht kommen. Das Misverständniß des Concipienten des jüngsten Reichsabschiedes kann den klar ausgesprochenen Willen des Gesezzgebers, daß die Dauer der Nichtigkeitsbeschwerde, nach dem gemeinen Recht solle beurtheilt werden, nicht untergraben.

ad 2. Muß die Nichtigkeitsbeschwerde nothwendig beym höhern, oder kann sie auch beym nemlichen Richter geführt werden?

Noch jezt ist diese Frage zwischen den Rechtslehrern streitig. Gönner erklärt die Nichtigkeitsbeschwerde für ein devolutives Rechtsmittel. **) Daß sie blos beym höhern Richter erhoben werden könne, folgt hieraus von selbst. Martin sieht die nemliche Beschwerde, wenigstens wenn sie unheilbare Nichtigkeiten betrift, öf-

*) A. W. Meyer, de nullitate sententiarum sanabili et insanabili. §. 20.

**) Gönner a. a. O, §. 36.

ters für einen neuen Proceß an. *) Er spricht ihr in diesem Fall den Devolutiveffekt theils ganz, theils als nothwendige Eigenschaft ab. Grolman geht einen Mittelweg. Er sagt: „der Natur der Sache (?) und dem „Geist der Gesezze (?) nach, muß die unheilbare Nichtigkeitsklage vor dem höhern Richter verhandelt werden, „so oft der Grund der Nichtigkeit nicht ganz unabhängig „von dem Betragen des Richters erster Instanz ist. Nur „bey Nichtigkeiten der höchsten Collegien würde Actenversendung die Stelle der hier unmöglichen Devolution vor „einen obern Richter, nach aller Analogie ersezzen müssen." **) — Vergleicht man alle verschiedene Meinungen gegen einander, so vermißt man überall höhere Begründung; man frägt vergeblich nach einem herrschenden Grundsaz.

Die Nichtigkeitsbeschwerde gehört in die Klasse der Querelen, nicht der Rechtsmittel. Sie ist gegen richterliche Willensakte, nicht gegen Reflexionsakte über das streitige Partheyenrecht gerichtet. Selbst die Querel über das würklich nichtige Urtheil ist nicht Beschwerde über den richterlichen Reflexionsakt in Ansehung des streitigen

*) Martin Lehrbuch des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes, §. 218.

**) Grolman a. a. O. §. 219.

Rechts, sondern über den Willensakt, daß durch einen Reflexionsakt, welcher schlechterdings keine Entscheidung enthalten kann, dennoch formelles Recht erzeugt und der Streit entschieden werden soll, z. B. wenn das Urtheil contradiktorische sich selbst aufhebende Bestimmungen enthält.

Faßt man diesen Gesichtspunkt, so folgt von selbst, daß der mit der Nullitätsklage angegangene Oberrichter, nicht als Instanz, sondern als oberaufsehende Behörde, angerufen wird.

Es folgt von selbst, daß die Gerichtsbarkeit in der Hauptsache, oder der verhandelte Streit selbst nicht an den Oberrichter devolvirt wird, sondern nur die Frage, ob der Unterrichter eine nichtige Handlung vorgenommen habe oder nicht, ob sein Faktum wieder aufzuheben sey, oder ob es bestehen könne?

Es ist daher eine dunkle und Verwirrung stiftende Vorstellungsart, wenn man die Nichtigkeitsbeschwerde gleich der Appellation ein devolutives Rechtsmittel nent. Denn durch die Folgen der Appellation zieht der Oberrichter die Entscheidung des Streits, mithin die Verhandlung der Hauptsache an sich. Suspensiveffekt und Devolution wird durch die Appellation zugleich begründet. Bey der Nichtigkeitsbeschwerde soll und will der Oberrichter die Hauptsache nicht beurtheilen, über die Rechtsver-

Digitized by Google

hältniſſe der Partheyen gegen einander nichts beſtimmen, kein würkliches Recht formaliſiren, ſondern nur erklären, daß kein Recht formaliſirt ſey; er ſoll nur kaſſiren, nicht ſtatuiren.

Eben darum gehört die Nichtigkeitsbeſchwerde nicht zu den Rechtsmitteln, ſondern muß umgekehrt als eine Gattung von Querel den Rechtsmitteln entgegen geſezt werden. Hat man doch die Beſchwerde über verweigerte oder verzögerte Juſtiz nie unter die Rechtsmittel und noch vielweniger unter die devolutiven Rechtsmittel klaſſificirt!

Die Anſicht der frühern deutſchen Juſtizgeſezgebung über die Natur der Nichtigkeitsbeſchwerde war weit einfacher und wahrer als die Anſicht der ſpätern Interpreten. Das Recht über Nichtigkeiten zu erkennen flos aus eben der reichsgerichtlichen Oberaufſicht, aus welcher das Recht den Territorialrichter zur Adminiſtration der Juſtiz überhaupt anzuweiſen flos. Im Grunde ſind auch die Nichtigkeitsbeſchwerde, und die Beſchwerden über verweigerte oder verzögerte Juſtiz aufs innigſte zuſammen verwandt. Es iſt ziemlich einerley, ob der ſubordinirte Richter die Juſtiz nichtig, oder ob er ſie gar nicht adminiſtrirt. Denkbar iſt freylich die Devolution der Hauptſache an den Oberrichter, als Folge der Nichtigkeitsbeſchwerde. Allein nothwendig iſt ſie nicht damit verbunden; in

einem Gesez ist sie nicht gegründet. Eben so ging nach der aufgelößten Organisation der deutschen Reichsjustiz die Gerichtsbarkeit in der Hauptsache an das Reichsgericht über, wenn der subordinirte Territorialrichter dem Befehl Justiz zu verwalten keine Folge leistete.

Wie unschiklich die Nichtigkeitsbeschwerde unter den Rechtsmitteln aufgezählt wird, wird sich noch weiter aus folgendem zeigen.

Durch die würkliche ordentliche oder ausserordentliche Rechtsmittel — Appellation, Revision, Restitution u. s. w. — wird die schon verhandelte und entschiedene Frage über den Inhalt der streitigen Partheyenrechte, einer nochmaligen richterlichen Prüfung und Entscheidung unterworfen. Es wird, wie Kant sich ausdrükt, über die Identität des vom Gesez bestimten und des von den Partheyen bestrittenen Falls, nochmals vom Richter ausgesprochen. Falle der Ausspruch aus wie er wolle, so bleiben doch nach wie vor, die Rechtsverhältnisse der streitenden Theile untereinander in Beziehung auf das Objekt des Streits, die Materialien der Struktur des richterlichen Urtheils. Jene Rechtsverhältnisse stellen sich als Faktoren, das Urtheil als Facit dar. Bey der Nichtigkeitsbeschwerde sind die Faktoren durchaus verschieden. Es sind auf der einen Seite die Partheyenverhältnisse, auf der andern die

Handlungen des vorigen Richters. Es gilt nicht um die Frage, was aus den Rechtsverhältnissen der Partheyen untereinander resultire, sondern um die Frage: wie sich die Handlungen und Ansichten des Richters zu den streitigen Verhältnissen der Partheyen verhalten? Dies ist aber auch das distinktive Merkmal, durch welches sich alle Rechtsmittel von allen Querelen unterscheiden. Bey allen Rechtsmitteln gegen Urtheile bleibt die Identität des Partheyenstreits, oder der wechselseitigen Rechtsvertheidigung unverrükt. Bey allen Querelen dagegen kömt es auf das Verhältniß zwischen dieser Rechtsvertheidigung gegen die Art und Weise der richterlichen Thätigkeit an. Wie kann man nun die Nichtigkeitsbeschwerde unter die Rechtsmittel, und wenn sie überhaupt kein Rechtsmittel ist, wie kann man sie unter die devolutiven Rechtsmittel klassificiren?

Hierdurch wird die aufgeworfene Frage nicht beantwortet, wird man einwenden. Man erfährt, daß die Nichtigkeitsbeschwerde nicht als devolutives Rechtsmittel beym höhern Richter könne angebracht werden. Ob sie aber ausschliessend vor den höhern Richter gehöre oder nicht? — das erfährt man nicht. Und das war doch eigentlich der Vorwurf der Frage.

Der Weg zur Beantwortung derselben wurde durch die bisherige Untersuchung gebahnt.

Digitized by Google

Ist die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen richterliche Willensakte, und selbst gegen Reflexionsakte, nur in so fern sie sich als Willensakte darstellen, gerichtet, so fällt die Beantwortung der aufgeworfenen Frage lediglich der Beantwortung der höhern Frage anheim: ob und in wie fern richterliche Willensakte nur auf Befehl des vorgesezten Richters oder vom fehlenden Richter selbst zurükgenommen werden können?

Ich habe diese Frage schon in der Abhandlung über die Unzertrenlichkeit des Suspensiveffekts vom Devolutiveffekt der Appellation berührt. (VI)

Ueberall wo Rechtskraft entstehen kann, kann und darf der Richter seinen eignen Misgrif nicht zurüknehmen. Könnte er es, so würde der Zwek der Rechtskraft umgangen und Processe verewigt werden.

Ueberall wo Rechtskraft nicht entstehen kann, verbietet ihm weder Gesez noch Natur der Sache die Verbesserung eigner Fehler.

Nur würkliche richterliche Reflexionsakte über die streitige Partheyenverhältnisse sind der Rechtskraft fähig; Willensakte sind es nicht.

Da die Nichtigkeitsbeschwerde nur den Willensakt bekämpft, so folgt, daß es von der Wahl der Parthey abhängt, sie beym nichtig handelnden Richter im Wege

der Remonstration oder beym höhern im Wege der Querel geltend zu machen.

Da nur der Richter das, was rechtskräftig werden kann, nicht revociren darf, so folgt, daß ohne Verlezzung der processualischen Evolution, der Richter das, was nichtig ist, auf geschehene Remonstration immer zu revociren befugt ist.

Ob der Grund der Nichtigkeit im Betragen des Richters zu suchen sey oder nicht, z. B. in den Handlungen des falschen Prokurators, ist ganz einerley. Hegt die Parthey das Zutrauen, daß der Richter die aus seinem eignen Betragen entstandene Nichtigkeit einsehen und wegräumen werde, so findet das Gesez nichts dabey zu erinnern.

Auch bey den von den höchsten Justizkollegien begangenen Nichtigkeiten bedarf es keiner Actenversendung. Dagegen kann, wenn Remonstrationen vergeblich sind, die Oberaufsicht der höchsten Staatsgewalt selbst, gegen solche Nichtigkeiten würksam werden — schlechterdings nicht um selbst Justiz zu administriren und was Rechtens sey zu bestimmen, sondern nur um zu bestimmen, daß die Justiz nichtig sey verwaltet worden. — Besser aber wird der Staat für die Sicherheit der Bürger sorgen, wenn er auf diesen Fall ein eignes Organ der Oberaufsicht, ein Cassationstribunal im voraus anordnet.

Nie dagegen kann die vom höhern Richter begangene Nichtigkeit ein Gegenstand der Beurtheilung des ersten Instanzrichters werden. Seine eigne, gleichviel ob verschuldete oder unverschuldete Misgriffe, kann der nemliche Richter verbessern; vom subordinirten dagegen kann er sich nicht meistern lassen. Dies würde aber folgen, wenn man mit Martin annehmen wollte, daß es Fälle gibt, in welchen die Nichtigkeitsbeschwerde als neue Klage erhoben wird und einen neuen Proceß eröfnet. Dies kann nie der Fall seyn, da sie immer eine schon erhobene Klage voraussezt und einen bereits geführten Proceß fortsezt. Wohl aber kann sie ein der Erhebung einer neuen Klage scheinbar entgegen stehendes Hinderniß bekämpfen und so den neuen Proceß zwar nicht anfangen aber doch vorbereiten.

ad 3. In wiefern sezt die Nichtigkeitsbeschwerde den nichtig erkennenden oder handelnden Richter in Verantwortlichkeit?

Auch für die Beantwortung dieser Frage fehlt es der Praxis an einem leitenden Princip.

Man gehe von dem Gesichtspunkt aus, daß durch die Nichtigkeitsbeschwerde nicht die Hauptsache an den höhern Instanzrichter gebracht, sondern die oberaufsehende Gewalt desselben angerufen wird.

Man verbinde damit den Grundsaz, daß der Richter

nie durch Reflexions- sondern durch Willensakte, nicht durch das, was er glaubt, sondern durch das, was er thut, verantwortlich werde.

Aus beyden Voraussetzungen wird folgen, daß in der Regel, bey jeder Nichtigkeitsbeschwerde, der Richter, gegen welchen sie erhoben wird, als verantwortlich erscheint.

Doch wird vor allen Dingen auf die Entstehungsart und auf die Folgen der Nichtigkeit Rükſicht zu nehmen seyn.

Auf die Entstehungsart. Der Richter kann ohne eigne Schuld sich durch die Parthey zur Nichtigkeit haben verleiten lassen, z. B. durch eine blos vorgebliche vom Gegner nicht bestrittene Legitimation zur Sache.

Auf die Folgen. Der Richter kann durch eignes Betragen eine unheilbare Nichtigkeit verschuldet und dennoch der Parthey nicht geschadet haben, z. B. wenn er nach dem Inhalt der Klage gegen den nicht gehörten Beklagten nichtig erkent, und das nemliche Urtheil gegen den vertheidigten Beklagten erneuert werden muß. Der lezteren kann sich nur über sich selbst beschweren, da er sowohl den nichtigen als den gültigen Proceß selbst verschuldete.

In einem solchen Fall wird zwar die Verantwortlichkeit des Richters gegen den Staat bleiben, allein seine

Verbindlichkeit der Parthey zur Rede zu stehn und Schadensersaz zu leisten, wegfallen.

Wo leztere eintritt, entsteht die weitere Frage, ob der Oberrichter von Amtswegen oder erst auf Anrufen der Parthey den Nichtigkeiten verschuldenden Richter zum Schadensersaz anzuweisen habe?

Auch hier sind die Fälle zu unterscheiden.

Die Parthey kann die Nichtigkeit mit verschuldet haben. Dann ist die richterliche Entschädigungsverbindlichkeit nur subsidiarisch und regressorisch. Subsidiarisch, wenn z. B. der Richter zwar nicht von Amtswegen auf die Legitimation zur Sache achtete, aber auch die des Mangels ihrer Legitimation nicht unkundige Parthey ebenfalls durch ihre Zudringlichkeit das nichtige Verfahren verschuldete. Vor allen Dingen ist leztere zur Entschädigung ihrer Gegnerin verbunden, und blos wenn ihr die Kräfte dazu fehlen, der Richter subsidiarisch verhaftet. Regressorisch, wenn z. B. der Richter nach bereits petitorisch entschiedener Sache die succumbirende Parthey zu einem neuen nichtigen Beweis über das Possessorium zugelassen, und den andern Theil zur Einlassung genöthigt hat. Hier haftet zwar die Entschädigungsverbindlichkeit abermals auf dem Succumbenten; er kann aber, wenn er will, seinen Regres gegen den Richter selbst, der ihn zu dem nichtigen Verhandeln veranlaßt hat, nehmen.

Digitized by Google

Wo nur eine subsidiarische oder regresserische Entschädigungsverbindlichkeit der richterlichen Behörde gegründet ist, kann von einer Verurtheilung derselben in die Kosten von Amtswegen nicht die Rede seyn.

Es kann aber auch der Grund der Nichtigkeit in der richterlichen Verfügung allein, ohne alles Verschulden der Parthey liegen.

Es ist mir folgender Fall vorgekommen.

In einem Collocationsurtheil war A unter die absolutprivilegirten, B unter die hypothekarischen, C unter die chirographarischen Gläubiger collocirt worden.

Die Masse reichte nach diesem Urtheil zur gänzlichen Befriedigung des A und zur theilweisen Bezahlung des B zu. Für C war nichts übrig.

B appellirte gegen den Vorzug des A. Er behauptete, daß derselbe unter die chirographarischen Gläubiger gehöre. Tratt er als Sieger aus dem Kampf, so wurde er ganz, A und C dagegen jeder nur zum Theil befriedigt.

C appellirte sowohl gegen den Vorzug des A als gegen seine eigne Zurükverweisung unter die chirographarischen Gläubiger. Er behauptete zwar ebenfalls, sein Gegner gehöre zu den lezten, er selbst dagegen nahm die Stelle, welche derselbe als absolut privilegirter Gläubiger erhalten hatte, in Anspruch. Wurde

dieser Anspruch anerkant, so erhielt er selbst volle, A und B dagegen jeder nur theilweise Bezahlung.

Im Grunde waren zwey verschiedene Appellationen gegen A vorhanden. Zwar hatten beyde Appellanten in einer Hinsicht ein gemeinschaftliches Interesse und eine gemeinschaftliche Rechtsvertheidigung, indem beyde den A in die Klasse eines persönlichen unprivilegirten Gläubigers zu drängen suchten. In einer andern Hinsicht dagegen hatten sie ein widerstreitendes Interesse und eine entgegengesezte Rechtsvertheidigung, indem C selbst als angeblich absolut privilegirter Gläubiger ein Recht in Anspruch nahm, welches B nach seinem Interesse nicht anerkennen konnte.

Dieses lezten Umstandes wegen durften B und C nicht als Coappellanten betrachtet werden. Der Verschiedenheit ihres Interesses und ihrer Behauptungen wegen konnten sie sogar als Gegner gegen einander auftreten.

Dies übersah der Richter. Er wollte den Proceß simplificiren. Er verordnete, daß B und C als Coappellanten einen gemeinschaftlichen Anwald bevollmächtigen und einen gemeinschaftlichen Beschwerdelibell einreichen sollten.

Der Appellat A war der unnatürlichen Allianz seiner Gegner wohl zufrieden. B und C dagegen wollten sich nicht dazu bequemen.

Digitized by Google

Es kam zum Verfahren. Der Richter wollte seine Verfügung durch Strafe durchsezzen.

In der höhern Instanz zeigte sich die Richtigkeit derselben gar bald.

Kein Theil war daran schuld. Die Partheyen waren in Schaden gerathen. Der Richter allein hatte ihn veranlaßt.

Die Verfügung mußte cassirt, und der vorige Richter in die dadurch verursachte Kosten verurtheilt werden.

Ich möchte hier noch folgende Regel aufstellen.

Wenn der Richter allein, nicht der Antrag der Parthey, die Richtigkeit zu verantworten hat, wenn dadurch der eine oder beyde streitende Theile in Kosten gerathen sind, wenn kein Theil für schuldig gehalten werden kann, diese Kosten zu tragen, so ist der Fall vorhanden, wo der Oberrichter von Amtswegen dem nichtig handelnden Unterrichter den Kostenersaz auferlegen muß.

Irre ich nicht, so wird zwar diese Regel überall durchgreifen. Doch ist sie noch einer tiefern Begründung, einer feinern Ausbildung, einer genauern Modifikation fähig, zu welcher mir hier Raum und Gelegenheit versagt ist.

Digitized by Google

Ich könnte hier die Abhandlung schliessen. Ich könnte die Prüfung des von mir dargelegten obersten Erkennungsgrundes eigentlicher, oder sogenanter unheilbarer processualischer Nichtigkeiten, ohne Zusaz, denkenden Lesern überlassen.

Doch glaube ich auch demjenigen, was von mir über diesen Gegenstand gesagt worden ist, Gerechtigkeit schuldig zu seyn. Ich halte eine Warnung gegen blendende, wenn schon falsche und für die Praxis gefährliche Theorien, nicht für überflüssig.

Die Auflösung des schweren Problems wurde von mehrern auf verschiedenen Wegen versucht.

Vom voluminösen Vantius habe ich nur wenig zu sagen. Er stellte keinen obersten Erkennungsgrund, sondern nur eine Etimologie und eine Definition von Nullitäten dar. Er sagte: das Nichts sey dem Etwas entgegen gesezt; nichtig sey, was nicht gelte. Was nicht gelte, müsse nach dem Gesez beurtheilt werden; es habe menschlichen Handlungen, Formen und Regeln vorgeschrieben; würden diese verlezt, so wären die Handlungen selbst zur Strafe nichtig. *) — Daß hiermit für die Wis-

*) Nullitas autem derivatur a suo primitivo, nullus, nulla, nullum — — nullus vero destendit a non, dictione tamen corrupta, et ullus, dictione integra, quasi non ullus. Ullus autem idem significat quod aliquis. — Traxit autem nullitas originem ab ipsa lege, et cum ea simul

senschaft wenig gewonnen war, bedarf wohl keines Beweises.

Pütter that einen Blik ins Gebiet der Wahrheit. Aber er verfolgte ihn nicht. Er verlor sich schon beym zweyten Schritt der Untersuchung in einem Gemeinplaz.

Wenn ein Ding — das ist ungefähr sein Ideengang — dem Begrif von diesem Ding entsprechen soll, so muß diejenige Eigenschaft daran zu finden seyn, wodurch es, seiner Individualität nach, grade zu dem Ding konstituirt wird. Diese Eigenschaft ist das Wesentliche des Dings oder die Substanz desselben. Wo nun die Substanz fehlt, ist das Ding selbst nicht vorhanden.

Diese Basis war unstreitig zur Begründung einer Theorie processualischer Nullitäten fähig. Es hätte nun weiter untersucht werden müssen: was gehört zum Wesen

orta est. Nam cum primum civitates condi et magistratus creari coepissent, ad humanam audaciam coercendam, et nocendi facultatem reprimendam leges et sacri Canones in medio positi sunt, negotiis peragendis certas formas inducentes, ad illasque observandas vitam hominum adstrinxerunt — — in odium ac poenam transgressorum aliter gesta et lege interdicente facta pro infectis cassis et inutilibus haberi ac nullius roboris et momenti fore eadem lex voluit et statuendo decrevit, extuntque remedium istud nullitatis in lumen proditum est. Vantius de Nullitatibus processuum et sententiarum T. 1. No. 11—14. — Dies mag hinreichen, um die Behandlungsart der Frage an dem jüngsten Reichsabschied zu karakterisiren.

oder zu der Subſtanz einer proceſſualiſchen Handlung? Was zum Weſen oder zu der Subſtanz eines Urtheils? — Dort würde die Antwort geweſen ſeyn: daß ſie zur Aufklärung (Inſtruktion) oder Entſcheidung (Deklaration) eines ſtreitigen Rechts führte; hier: daß es das ſtreitige Recht würklich entſcheide. — Allein dieſen Gang nahm die Unterſuchung nicht. Sie nahm — nachdem die aus den Subjecten des Proceſſes und aus dem Verfahren ſelbſt entſpringende Nichtigkeiten zwar nicht begründet, aber doch richtig, obgleich nicht vollſtändig, waren erklärt worden — folgende Wendung. Der die Gränzen ſeines Amts überſchreitende Richter handelt nichtig. Nun überſchreitet aber der Richter die Gränzen ſeiner Gewalt, wenn er, ſtatt nach Wahrheit und Gerechtigkeit das Faktum auf das Geſez anzuwenden, willkührlich erkent. Er überſchreitet die Gränzen ſeiner Gewalt, wenn er — der zum Schuz der erworbenen Rechte des Bürgers beſtimt berufene Diener des Staats — ſo vernehmlich ihn auch das Recht der Parthey, aus dem Geſez, aus etwa ſchon vorhandener Rechtskraft, oder aus einer andern Quelle anſprechen mag, dennoch gegen jenes Recht zu ſprechen nicht erröthet. — *) So werden die Individualitäten der richter-

*) Sic omnino, quum judex non possit pro arbitrio, quae lubet, sed quae juri ad factum adplicato veritate ac justitia duce conveniunt, sententia pronunciare, quumque

lichen Ansicht als Gesezwidrigkeiten, und das Gesezwidrige wird als Nullität dargestellt. Auf diesem Wege geht das Unterscheidungsmerkmal, zwischen dem beschwerenden der Rechtskraft fähigen, und dem nichtigen, der Rechtskraft unfähigen Urtheil, rettungslos verloren.

Auf einem ganz andern Wege, aus ganz andern Bestandtheilen konstruirte Gönner das oberste Erkennungsprinzip eigentlicher Nichtigkeiten. Die Schriften dieses Rechtsphilosophen sind zu gehaltvoll, sein Name zu wichtig, seine Autorität für die praktische Rechtspflege zu bedeutend, um nicht seiner Ansicht eine ausführliche und genaue Prüfung zu widmen.

Nicht in der Natur der Sache, sagt Gönner, nur im positiven Recht, ist der Unterschied zwischen Beschwerde und Nichtigkeit gegründet.

Die Verfasser des jüngsten Reichsabschieds haben mit dem einzigen Wort, insanabilem defectum, vollkommnes Licht über den Erkennungsgrund eigentlicher Nichtigkeiten verbreitet.

speciatim jura civium quaesita sarta tectaque relinqui oporteat; manifeste limites potestatis suae excedit judex, qui, licet evidens ex lege, re judicata aliove fonte jus quoddam fugere eum haud potuisset, nihilo secius sententiam ei contrariam ferre non erubescit. Pütter a. a. O. §. 32.

Digitized by Google

Das Unheilbare ist dem Heilbaren entgegen gesezt. Heilbar ist dasjenige, was durch den Verzicht der Partheyen, gültig oder geheilt, unheilbar, was durch den nemlichen Verzicht nicht gültig oder nicht geheilt werden kann.

Daß bey Fehlern in den Subjekten des Processes das zehntägige Stillschweigen der Parthey nicht als Verzicht zu würken vermöge, ergibt sich schon aus der Natur der Sache.

Bey der Verfolgung dieses Gesichtspunkts zeigt es sich weiter, daß zwar keineswegs ein Urtheil contra jus in thesi als solches für unheilbar nichtig könne gehalten werden, „es zeigt sich aber auch, daß in dieser Rük„sicht weder alle gesezwidrige Urtheile gültig, noch alle „ungültig seyn können, sondern daß man auf eine bisher „in dieser Lehre ganz verkannte Eintheilung der Gesezze „und der durch sie begründeten Rechte zurükgehen müsse."

„Einige Gesezze sind nemlich so beschaffen, daß ihre „Bestimmung nur solche Rechte ertheilt, welche der Will„kühr der interessirten Theile einen Spielraum lassen, „folglich nur veräusserliche Rechte festsezen; andere hin„gegen lassen von dem Verzicht der Privatpersonen nichts „abhängen; ihre Verordnung liegt ausser dem Kreise der „Disposition von Privatpersonen, sie begründen demnach „unveräusserliche Rechte. Dieser sonst anerkante Unter-

„schied unter verschiedenen Arten der Gesezze würkt ent-
„scheidend auf den Charakter der Unveräusserlichkeit der
„hieraus abzuleitenden Rechte, und zeigt uns in der Fra-
„ge von Heilbarkeit oder Unheilbarkeit einer Rechtsver-
„lezzung, daß die Gesezze der ersten Art, weil sie allent-
„halben nur veräusserliche Rechte begründen, auch bey ihrer
„Verlezzung nur eine durch unterlassenen Gebrauch der
„Appellation heilbare Nichtigkeit hervorbringen; wogegen
„bey Gesezzen der zweyten Art, es von selbst folgt, daß
„eine Verlezzung derselben, weil die aus ihnen abgeleitete
„Rechte von der Disposition der Privatpersonen nicht ab-
„hängen, eine unheilbare Nichtigkeit begründet."

„Ich sehe voraus" — fährt Gönner fort —
„daß diese Meinung nicht ohne Anfechtung bleiben, man-
„chen beym ersten Anblik zurükschrekken werde, denn ich
„kann für sie keinen Gewährsmann als den Geist des jüng-
„sten Reichsabschiedes und Consequenz in Grundsätzen an-
„führen. Indessen ist diese Rükssicht den Gesezzen selbst
„weniger fremd als mancher glauben wird. Ganz zusam-
„menhängend mit der angeführten Classifikation der Ge-
„sezze gehen Urtheile über Ehestreitigkeiten, welche eine
„gültige Ehe aus einer falschen Ursache trennen, oder eine
„absolut verbotene Ehe für gültig erklären, nicht in Rechts-
„kraft über, obgleich in den übrigen Ehestreitigkeiten,
„welche von der Einwilligung der Partheyen abhängen,

„die Rechtskraft ihre volle Würkungen äussert: *) aus „dem unverkennbaren Grunde, weil es dort Rechten gilt, „auf welche der Verzicht der Privatpersonen nicht würken „kann, hier aber nur Rechte in der Frage stehen, welche „von dem Verzichte der Interessenten abhängen.“

„Zu den Gesezzen, aus denen bey verlezzenden Ur„theilen eine unheilbare Nichtigkeit nicht abgeleitet wer„den kann, rechne ich alle diejenigen, welche die Rechts„verhältnisse in Privatsachen, nur schlechthin so bestim„men, daß das Gegentheil hievon durch Verträge der „Interessenten festgesezt werden kann. Daß die Gefahr „nach vollendetem Kaufe schon vor der Uebergabe auf den „Käufer übergeht, ist zwar im Gesezze bestimt, aber die „Interessenten können durch eine Verabredung dem Ver„käufer die Gefahr zuwälzen. Hier gilt es einem vom „Consense der Privatpersonen abhängenden Rechte, hier „würkt ein Verzicht, und wo dieser rechtlich denkbar ist, „da kann man eine Nichtigkeit nicht als unheilbar sich den„ken.“

„Den Gesezzen hingegen, welche der Willkühr der „Privatpersonen keinen Spielraum lassen, und darum „eine unheilbare Nichtigkeit bey Verlezzungen erzeugen,

*) Hier werden Cap. 7, 10, 11. X. de sentent. et re jud., auch J. H. Böhmer Jus eccles. Prot. lib. 11. T. 27. §. 41 — 52. angeführt.

„zähle ich zu 1) alle absolut gebietende oder verbietende „Gesezze, z. B. das Verbot des commissorischen Vertra„ges bey dem Pfandvertrage, die erklärte Ungültigkeit der „Spielschulden; 2) alle Gesezze, welche das öffentliche „Recht unmittelbar angehn, sollten sie auch auf Privat„verhältnisse Einfluß haben, und aus Mangel an richti„gem System nur in das Gesezbuch über Privatrechte auf„genommen worden seyn; ein Fall, der bey dem Perso„nenrecht sehr häufig eintritt, und zu welchem die Erklä„rung der Blödsinnigkeit, Mündigkeit oder Unmündig„keit u. d. die Belege abgeben. Hier würkt kein Verzicht; „eine hierin begangene Rechtsverlezzung wird durch Un„terlassung der Appellation nicht geheilt, und macht of„fenbar eine unheilbare Nichtigkeit aus.“ *) — So weit Gönner.

Genialität, Consequenz und Fruchtbarkeit kann man dieser Nullitätendeduktion nicht absprechen. Ob sie aber eine strenge Prüfung aushält, ob sie mit dem lezten Zwek alles processualischen Verfahrens in Harmonie zu bringen ist, ob die Unveräusserlichkeit des verlezten Rechts als Grund der Unheilbarkeit einer processualischen Nichtigkeit, auch nur den Dienst einer brauchbaren Hypothese leistet? — das ist eine andere Frage.

*) Gönner a. a. O. §. 13, 28, 29, 30.

Digitized by Google

Eh ich zur Untersuchung derselben übergehe, kann ich zwey vorläufige Bemerkungen nicht unterdrükken.

1. Indem das Erkennungsmerkmal der heilbaren Nichtigkeit, in die durch Verzicht heilbare Verlezzung eines veräusserlichen Rechts gesezt wird, wird das Unterscheidungsmerkmal zwischen der heilbaren Nichtigkeit und der durch Appellation zu bekämpfenden Beschwerde vertilgt. Denn wodurch anders wird das ursprünglich beschwerende Urtheil von der Beschwerde geheilt, als durch den in der unterlassenen Appellation enthaltenen Verzicht? Wozu denn der ganze Unterschied zwischen einer Nichtigkeitsbeschwerde, die nach zehn Tagen, und einer Appellation, die ebenfalls nach zehn Tagen erloschen ist?

2. Wie läßt sich aus der Unveräusserlichkeit des durch eine unheilbare Nichtigkeit verlezten Rechts die Nichtigkeit eines unsinnigen, unbestimten, schon entstandener Rechtskraft widersprechenden, einen Rechnungsfehler enthaltenden Urtheils erklären? Gönner fühlt dieses vollkommen, indem er die Nichtigkeiten klassificirt, und das Klassifikationsfundament mit folgenden Worten ausdrükt: „Es sind A. einige Nichtigkeiten unheilbar, nach „natürlichen Folgen des im jüngsten Reichsabschiede an„erkanten Grundsazzes, und zwar 1. ausdrüklich anerkant „im jüngsten Reichsabschied, oder 2. in diesem Reichs-

„ gesezze nicht ausdrüklich anerkant. B. Andere haben den „ Charakter der Unheilbarkeit nur durch specielle positive „ Verordnung erhalten.“ *) Die Nichtigkeit des Urtheils gegen ein rechtskräftiges Urtheil, des Rechnungsfehlers im Urtheil u. s. w. wird nun freylich aus speciellen, positiven vom jüngsten Reichsabschied unabhängigen Verordnungen erklärt. — Ein höchstes natürliches oder positives Erkennungsprincip für absolute Nichtigkeiten wäre also für die Wissenschaft nicht vorhanden, würde vergeblich in der Gesezgebung gesucht, vermessen aus ihr abstrahirt oder in ihr vorausgesezt werden? Und wie lassen sich durch specielle positive Verordnungen begründete Nichtigkeiten, mit der im Reichsschluß vom 3ten May 1654 wiederhohlt ausgedrükten Absicht der Gesezgebung vereinigen, nur natürliche, durchaus keine positive Nichtigkeiten gelten zu lassen, wie mit der als Regel festgesezten Bestimmung, daß gegen nichtige eben so wie gegen beschwerende Urtheile (a sententia tam nulla quam iniqua) die zehntägige Nothfrist müsse beobachtet werden, **) mit der einzigen, nach wie vor, nach gemeinem Recht zu beurtheilenden Ausnahme, wenn die Nullitäten „ insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Parthey, oder aus den Substantialibus Pro-

*) Gönner a. a. O. §. 14.
**) J. R. A. §. 121.

„cessus nach sich führen.“ *) — Wenn ein Reichsgesez für eine ganze Klasse von Handlungen, das gemeine römische Recht als Regel aufhebt, und es nur als Ausnahme stehen läßt, wie kann man alsdann, ohne der Absicht und dem Willen des Gesezgebers Gewalt anzuthun, speciellen Verordnungen des römischen Rechts, in Ansehung jener Handlungen, welche sich unter die Ausnahmen nicht subsumiren lassen, gesezliche Gültigkeit beylegen?

Ich habe indessen noch weit wichtigere Einwendungen gegen die Gönnersche Nullitätentheorie auf dem Herzen. Ich glaube zeigen zu können, daß das von dieser Theorie in der Unveräusserlichkeit und Unverzichtbarkeit des verlezten Rechts entdekte Erkennungsprincip für unheilbare Nichtigkeiten weder als höchstes noch als untergeordnetes Princip gelten könne, daß sich daraus weder alle unheilbare Nichtigkeiten noch eine Klasse derselben erklären lasse, und daß es, indem es mit dem Zwek alles processualischen Verfahrens im Widerspruch steht, in sich selbst unausweichlich zerfalle.

Wenn man von einem Urtheil sagt, es enthalte eine Rechtsverlezzung, so ist dies nichts anders als ein figürlicher Ausdruk der Meinung: der Richter habe geirrt. Aus Metaphern der Rede kann man keine rechtliche und gesezliche Regeln bilden.

*) J. R. A. §. 122.

Digitized by Google

Die Funktion des Richters ist Rechte zu deklariren, das würkliche Recht — um den oft gebrauchten Ausdruk nochmals zu wiederhohlen — zu formalisiren. Die Verübung einer Rechtsverlezzung gehört dagegen in Ewigkeit nicht zur richterlichen Funktion.

Könnte diese Behauptung einen Augenblik bezweifelt werden, so erinnere man sich nur, daß im Richter oder durch das Organ des Richters niemand als der Staat selbst handelt und spricht, daß postulativ der Staat weder den Willen noch die Macht hat, Rechte zu verlezzen, und daß folglich jedes Urtheil eine Rechtsdeklaration aber postulativ nie eine Rechtsverlezzung enthält.

Man erinnere sich hiernächst, daß jede unterlassene Appellation eine Verzichtleistung auf Vertheidigung, oder wenn man will, auf das Recht der weitern Vertheidigung, aber nimmermehr eine Veräusserung des vertheidigten Rechts enthält. Wie sollte der Nichtappellirende zu einer solchen Veräusserung kommen? Eben weil er sein vermeintes Recht nicht veräussern wollte, hat er vor Gericht gehandelt und die Frage über das Daseyn oder Nichtdaseyn jenes Rechts dem richterlichen Ausspruch unterworfen. Er konnte der Natur der Sache nach erwarten, aber nicht verlangen, daß der Richter sein Recht beurtheilen werde, wie er es selbst beurtheilte. Hat er sich n dieser Erwartung getäuscht, so steht ihm in dem In-

ſtanzenverhältniß der Weg zur weitern Rechtsvertheidigung und Verhandlung offen. Betritt er dieſen Weg nicht, ſo opfert er präſumtiv ſeine Meinung der Meinung ſeines Richters auf. Er nimt das von dieſem Richter formaliſirte Recht für ſein würkliches Recht an. Er verzichtet auf Vertheidigung, nicht auf das Vertheidigte; er gibt zu erkennen, daß er ſich hinreichend glaube vertheidigt zu haben, aber keineswegs, daß er entſchloſſen ſey, unvertheidigt das Schlachtopfer der Ungerechtigkeit zu werden.

Was berechtigt — wird man ſagen — die Rechtsmetaphiſik — das innre verborgne Faktum des Nichtappellanten, grade ſo und nicht anders zu konſtruiren?

Ich antworte: das Geſez der Sparſamkeit, der Ordnung, des zureichenden Grundes. Auf rechtlichen Poſtulaten beruhen die Verhältniſſe des Staats gegen den Bürger; auf poſtulirten Vorausſezzungen iſt die Würkung der Handlungen der Organe des Staats berechnet. Nach gleichen Vorausſezzungen müſſen die erlaubten Handlungen oder Unterlaſſungen des Bürgers im Verhältniß zum Staat und den öffentlichen Behörden, konſtruirt und ihre Folgen und Würkungen beurtheilt werden.

Nemo suum jactare velle praesumitur, ſagt unter dem Beyfall der geſunden Vernunft das römiſche Recht. Von niemand darf man vorausſezzen, daß er ſich ohne Grund Ungerechtigkeiten gefallen laſſen, ſeine würkliche

Digitized by Google

Rechte ohne Noth zum Opfer bringen, ohne Ersaz das Seinige verschleudern wolle. Durch ungereimte Motive, aus einem unverständigen Willen darf man die Unterlassungshandlungen des Nichtappellanten nicht erklären. Und da sie doch aus Motiven erklärt werden müssen, da — wie grade die gegenwärtige Diskussion zeigt — nach der Verschiedenheit der Motive die rechtliche Würkungen verschieden sind, da grade die Nothwendigkeit, die Würkungen nach den Motiven zu bestimmen, die Nothwendigkeit begründet, die Motive selbst zu konstruiren — so ist es Forderung der Rechtsmetaphisik, jene Motive nach der menschlichen Natur, nach und aus dem Zwek aller gerichtlichen Vertheidigung, und nicht gegen die menschliche Natur, und gegen den Zwek der gerichtlichen Vertheidigung zu postuliren.

Der von Gönner in der Unveräusserlichkeit des vom Richter verlezten Rechts aufgefundene Erkentnißgrund unheilbarer Nichtigkeiten, ist hiernach in doppelter Hinsicht falsch. Er legt einmal der Person des Richters eine Fähigkeit bey, welche er nicht hat; er sezt zweytens bey der nicht appellirenden Parthey einen Willen voraus, welchen ihr das Gesez nicht zutrauen darf.

Ueber den Inhalt des streitigen veräusserlichen oder unveräusserlichen Rechts kann der Richter sich freylich irren. Er hat aber in Hinsicht des Staats und des Gesez-

zes nicht geirrt, wenn die Parthey ihn keines Irrthums beschuldigt.

Immer war auch dem Urtheil über unveräusserliche Rechte, Rechtsvertheidigung und Verhandlung vorangegangen. Das vertheidigte Recht selbst war zwar kein Gegenstand der Partheyenwillkühr, und konnte von derselben dem andern nicht überlassen oder zum Vortheil desselben aufgegeben werden. Aber zur Vertheidigung selbst und besonders zur weitern Vertheidigung durch Appellation gibt es kein Zwang. Der Parthey, welche nicht hat appelliren wollen, hat das Gesez nichts zu sagen. — Mußte doch der Richter von Amtswegen, und wenn die Parthey sich gar nicht vertheidigt hätte, auf ihr unveräusserliches Recht Rükksicht nehmen, und ihr dieses Recht, wenn sie es hatte, zusprechen. Hat er es ihr nicht zugesprochen, so ist nach eingetretener Rechtskraft anzunehmen, daß es überhaupt nicht existire. Auch wäre es ungereimt zu sagen, der Richter hätte doch des Staats und des Interesses desselben wegen die Existenz jenes Rechts, weil es würklich vorhanden war, anerkennen und annehmen müssen. Durch den Richter hat der Staat gesprochen. Es wäre ungereimt ein vom Staat selbst für nicht vorhanden erklärtes Recht, um des Staats willen, als vorhanden zu betrachten.

Es folgt hieraus, daß das auf unrichtige Entscheidungsgründe gebaute Urtheil über unveräusserliche Rechte

Digitized by Google

eben so gut der Rechtskraft fähig sey, als das unrichtige Urtheil über veräusserliche Rechte.

Nur in der Art der Rechtsvertheidigung hat das positive Gesez, nachdem sie jene oder diese Rechte zum Gegenstand hat, einen Unterschied festgesezt. Die Vertheidigung veräusserlicher Rechte kann vor dem Staats- und vor dem Privat- oder Schiedsrichter, die Vertheidigung unveräusserlicher Rechte dagegen blos vor dem Staatsrichter geschehen. Der Grund des Unterschiedes liegt aber nicht darin, daß das Compromiß vom Gesez als eine Art von Veräusserung betrachtet wird, — denn im Grunde wird ja auch nichts weiter als auf das Recht des öffentlichen Gerichtstandes in der gegenwärtigen Sache verzichtet — sondern darin, daß Rechte, welche dem Staat zu wichtig sind, um sie der Privatdisposition des berechtigten Subjekts zu überlassen, ihm aus dem nemlichen Grunde auch zu heilig seyn müssen, um zuzugeben, daß sie seiner eignen Beurtheilung durch das Organ der richterlichen Behörde, entzogen werden.

Vergeblich stüzt Gönner seine Ansicht auf die gesezliche Autorität des kanonischen Rechts.

Digitized by Google

Er führt das 7te, 10te und 11te Kapitel des 27sten Titels des 2ten Buchs der Dekretalien an.

In den angezogenen Stellen sezt das kanonische Recht keineswegs den Grundsaz fest, daß ein auf falsche Ursachen gegründetes Urtheil über unveräusserliche Partheyenrechte nie rechtskräftig werde. Dies wird freylich auch nicht behauptet. Nur sollen darin auf falsche Ursachen gegründete Urtheile über ehliche Verhältnisse für ungültig erklärt werden.

Wer berechtigt — mögte man vor allen Dingen fragen — den Interpreten aus der besondern Regel für eine einzelne Gattung von Geschäften, eine allgemeine Regel für alle ähnliche Geschäfte zu bilden. Die aus einer eingegangenen Ehe resultirende Rechte sind freylich eben so wenig ein Gegenstand von Privatwillkühr, als die Rechte des Minderjährigen oder desjenigen, der einen vom Gesez verbotenen Contrakt abgeschlossen und vollzogen hat. Würde aber daraus, daß ein auf falsche Ursachen gegründetes, eine gültige Ehe für ungültig erklärendes Urtheil nicht rechtskräftig werden kann, folgen, daß ein Urtheil nicht rechtskräftig werde, welches aus falschen Ursachen einen würklich wucherlichen Contrakt aufrecht erhält?

Digitized by Google

Immer beruht die Gültigkeit der Ehe nach der Ansicht des Pontifex auf einem höhern und geheiligtern Fundament, als die Nichtgültigkeit eines wucherlichen Contrakts. Als Sakrament liegt die Auflösung der gültigen Ehe ausser der Gewalt des Pontifex und der ganzen Kirche selbst, indeß eben der Staat, der den wucherlichen Contrakt im Allgemeinen untersagte, in einem einzelnen Fall, durch den irrenden Richter, ohne Inkonsequenz, und ohne Ueberschreitung der Gränzen seiner Macht, den nemlichen Contrakt aufrecht erhalten kann.

Wie aber, wenn das kanonische Recht nicht einmal den Grundsaz, welchen Gönner in den angezogenen Stellen zu finden glaubt, ausspräche? Wie wenn darin keineswegs des als Thatsache falschen Entscheidungsgrundes wegen, Urtheile über die Ungültigkeit gültiger Ehen, für nichtig erklärt würden?

Die zuerst angeführte Stelle entscheidet folgenden Fall.

Bey Anstellung einer Scheidungsklage hatten die Verwandte der Frau behauptet, sie sey gegen ihren Willen, und vor dem Alter der Mannbarkeit mit ihrem Gatten verbunden worden. Der Mann hatte collusorisch die

Wahrheit dieser Thatsachen nachgegeben. Auf diese Collusion war das Scheidungsurtheil ergangen. Der Pontifex entschied, daß die Ehe fortzusetzen sey, *) wenn der am geistlichen Richter verübte Betrug erwiesen wäre.

Also — nicht der falschen Entscheidungsursache, sondern — der Collusion wegen — wird ein Scheidungsurtheil für nichtig erklärt. — Sehr richtig und consequent. Aus der Unveräusserlichkeit der ehelichen Rechte folgt die Ungültigkeit und Gesezwidrigkeit des die Ehe aufhebenden Vertrages der Verehlichten. Ist der ausdrükliche Vertrag ungültig, so ist es auch der zur Erwürkung eines Scheidungsurtheils colluforisch geschlossene. Hieraus folgt nothwendig die Ungültigkeit des Urtheils selbst, hinter welchen sich ein solcher Vertrag verschleiert hat, und welches durch denselben erschlichen wurde.

Die zweyte Stelle **) entscheidet den Fall, wo gegen eine auf die Gültigkeit der Ehe dringende Klägerin, vom

*) — — utriusque studio interveniente, fuerunt minus rationabiliter separati. Nolentes igitur matrimonia, canonice contracta levitate quadam dissolvi, mandamus — si vobis constiterit ecclesiam esse deceptam — ut ipsos faciatis sicut virum et uxorem insimul permanere. II. 27. X. c. 7.

**) C. 10. X. de sent. et re judicata.

delegirten Richter, während der Abwesenheit derselben, war erkant worden. Nota, quod sententia lata contra absentem non contumacem, non tenet, — sagt der Glossator — et citra appellationem rescinditur. — Die Ungültigkeit des Urtheils liegt also hier wieder nicht in der faktischen Unwahrheit des Entscheidungsgrundes, sondern im Mangel der Vertheidigung des unterliegenden Theils.

In der dritten Stelle — unstreitig die schwierigste — liegt eine versteckte Collusion zum Grunde. Eine Ehe war wegen geistlicher Verwandschaft — cognatio spiritualis — weil die geschiedene Frau beym Kinde des Mannes Pathenstelle vertreten hatte, aufgehoben worden. Nachdem die Geschiedene zur zweyten Ehe übergegangen war, gestand sie dem Prälaten: die geistliche Verwandschaft sey erst nach dem Scheidungsurtheil entstanden. Der über den Fall befragte Pontifex antwortet; quod propter solam confessionem mulieris non est recedendum a sententia, per judicium ecclesiae rationabiliter promulgata, nisi legitime in contrarium probaretur. *) — Ausdrüklich wird zwar die Collusion nicht als Entscheidungsgrund genant. Daß sie aber, wenn die Un-

*) C. 11. X. de sent. et re judicata.

wahrheit der Thatsache, welche das Scheidungsurtheil begründet hatte, erwiesen wurde, nothwendig folgte, ist offenbar. Beyde Geschiedene mußten nothwendig wissen, ob und wann eine geistliche Verwandschaft zwischen ihnen entstanden war. Verlangte ein Theil jenes Faktums wegen die Scheidung, so konnte der andere unmöglich anders als collusorisch das falsche Faktum einräumen. Da das Oberhaupt der Kirche keinen Entscheidungsgrund angibt, so muß man denjenigen als den wahren und durchgreifenden betrachten, welcher mit der Natur der Sache und allgemeinen Grundsäzzen übereinstimt.

Ich glaube nun evident gezeigt zu haben, daß der von Gönner aufgestellte Erkennungsgrund unheilbarer Richtigkeiten, von der Natur der Sache und der Philosophie des Rechts verworfen, und vom kanonischen Recht nicht unterstüzt wird.

Die Unrichtigkeit der Gönnerschen Theorie ist Grolmans Scharfblik keineswegs entgangen. Nur hat er sie nicht in ihrer Wurzel aufgefaßt. Er hat die Wahrheit nur halb gesehen. Er hat sich zu keiner höhern herrschenden Ansicht erhoben, und Inkonsequenzen nicht vermieden.

Digitized by Google

Text und Noten stehen in seinem Lehrbuch des Civilprocesses in fast unerklärbarem Widerspruch. *)

Er sagt im Text: „die neuere Gesezgebung (der jüngste Reichsabschied) „wolle, um alle bis dahin besian„dene Streitigkeiten über den Unterschied zwischen Nulli„täten und Iniquitäten aufzuheben, die Richtigkeit, kei„neswegs aus der Größe der, in der Sentenz enthaltenen „Rechtsverlezzung, sondern einzig aus dem Mangel der „nothwendigen Voraussetzungen zur Möglichkeit einer „Sentenz überhaupt — also nur aus wesentlichen „Mängeln in Ansehung der Subjekte des Processes oder „des Processes selbst — abgeleitet wissen."

Hiermit ist ein nicht blos dem jüngsten Reichsabschied, sondern auch der Natur der Sache vollkommen entsprechender Erkennungsgrund unheilbarer Nichtigkeiten ausgesprochen. Nur fehlt es der Darstellung desselben an Umfang und Bestimtheit. Diese Darstellung läßt die Frage unentschieden, ob die Sentenz, auch ihres bloßen Inhalts wegen, eine Nichtigkeit enthalten könne? eine Frage, welche keinen Augenblik zweifelhaft bleibt,

*) Grolmans Theorie des gerichtlichen Verfahrens. Zweyte Auflage. §. 218.

wenn man unter dem Wort Proceß das verſteht, was darunter verſtanden werden muß, und nicht das Urtheil, welches doch ſehr weſentlich zur ganzen Handlung, Proceß genant, gehört; davon ausſchließt.

Der Verfaſſer bekent ſich freylich in einer Note zu der ausgeſchriebenen Stelle, zu der entgegengeſezten Meinung. Er glaubt, daß eben darum, weil nach dem Sinn des jüngſten Reichsabſchiedes nur aus weſentlichen Mängeln in Anſehung der Subjekte des Proceſſes und des Proceſſes ſelbſt, Nichtigkeiten abgeleitet werden ſollten, Kopps Meinung, daß nach dem Sinne der Geſezzesverfaſſer, auch der Inhalt des Urtheils Nichtigkeiten darſtellen könne, verwerflich ſey. Er nent es ein Glük, daß dieſe Anſicht nicht geſezlich geworden iſt. Er gibt dadurch einen Fingerzeig, daß nach ſeiner Meinung zwiſchen dem jüngſten Reichsabſchied §. 121. und 122. und dem Reichsſchluß vom 3ten May 1654 ein Widerſpruch exiſtire, der doch, wie ich gezeigt zu haben glaube, keineswegs angenommen werden muß, und daß nur der Reichsabſchied, nicht der Reichsſchluß das wahre Geſez darſtelle, da doch beyde zuſammengenommen und der eine aus dem andern erklärt werden ſollte.

Hiermit hätte Grolman eine vielleicht mangelhaf-

te, aber doch in sich selbst geschlossene gesezliche Theorie über den Erkennungsgrund der sogenanten unheilbaren Nichtigkeit aufgestellt. Möchten immerhin die Philosophie des Rechts und selbst der Geist der Gesezgebung vieles dagegen zu erinnern finden! den Forderungen der Consequenz wäre doch wenigstens ein Genüge geschehen.

Diese Theorie würde sich in folgenden beyden Behauptungen erschöpfen.

1. Durch den jüngsten Reichsabschied sind alle processualische Nichtigkeiten ausschliessend bestimt worden. Was unter der Bestimmung desselben nicht enthalten ist, darf nach dem Willen des Gesezgebers nicht als unheilbar nichtig betrachtet werden.

2. Nach jenem Gesez sind unheilbare Nichtigkeiten nur aus wesentlichen Mängeln in Ansehung der Subjekte des Processes und des Processes selbst abzuleiten. Das Urtheil gehört nicht zum Proceß, sondern ist das Resultat desselben. Der bloße Inhalt des Urtheils kann daher nie unheilbar nichtig seyn. Die entgegengesezte Ansicht ist zum Glük nicht gesezlich geworden.

Wenn ich behaupte, daß Grolman diese beyde Fun-

damentalbehauptungen einer mangelhaften Theorie in den Noten zu derselben selbst wieder umgestoßen und seine eigne Consequenz verleugnet habe, so spreche ich freylich gegen einen unserer treflichsten juristischen Köpfe eine sehr harte Beschuldigung aus. Indessen mag der Beweis derselben zur Note dienen, mit wie viel Schwierigkeiten dieser Theil der Proceßtheorie bisher zu kämpfen hatte.

Indem Grolman in der Note a S. 471 die Gönnersche Behauptung einräumt, daß sich widrige Sentenzen über Rechte, welche der Disposition der Partheyen nicht unterworfen sind, nicht rechtskräftig werden könnten — mithin unheilbar nichtig wären, läugnet er, im Widerspruch mit seiner ersten Behauptung, daß in der Unveräusserlichkeit des Rechts der Erkentnißgrund der Nullitäten zu finden sey, von welchen der jüngste Reichsabschied rede. — Also gäbe es, ausser den vom jüngsten Reichsabschied festgesezten unheilbaren Richtigkeiten noch andere? Wie stimt das mit Grolmans eigner Behauptung zusammen, daß jenes Reichsgesez das unheilbar Richtige ausschliessend bestimme? Hat er dies nicht, wenn nicht mit Worten, doch dem ganzen Zusammenhang und der Tendenz des Textes nach, gesagt? Wie läßt sich auch die in der Note zum Text ausgedrükte Meinung mit den Worten und dem Geist des Reichsgesezzes vereinigen?

Digitized by Google

Gegen seine zweyte Behauptung hält Grolman, in der nemlichen Note, das sachwidrige Urtheil über unveräusserliche Rechte, so wie in einer andern Note S. 473 das dem schon rechtskräftig Entschiedenen widersprechende Urtheil für unheilbar nichtig. Der für die lezte Meinung angeführte philosophische Grund, „daß es für jeden Ver„such, formelles Recht der Partheyen zu bestimmen, un„nachläßige Bedingung in einem jeden Staate, welcher „sich nicht selbst widersprechen wolle, seyn müsse, daß „dieses formelle Recht nicht schon unabänderlich bestimt „sey" — ist über allen Widerspruch wahr. Allein — ein Urtheil, welches blos darum nichtig ist, weil es über unveräusserliche Partheyenrechte sachwidrig entscheidet, oder weil es mit einem andern schon rechtskräftigen Urtheil im Widerspruch steht — ein solches Urtheil ist doch wohl seines Inhalts wegen nichtig. Aus wesentlichen Mängeln in Ansehung der Subjekte des Processes und des Processes selbst — wenigstens im Sinn des Verfassers, welcher das Urtheil nicht zur ganzen Proceßhandlung rechnet — kann eine solche Nichtigkeit nicht abgeleitet werden. Und doch soll die Ansicht, nach welcher ein Urtheil seines bloßen Inhalts wegen nichtig seyn kann, zum Glük nicht gesezlich geworden seyn! — Warlich die Möglichkeit der Vereinigung dieses Widerspruchs begreife ich nicht.

Daß übrigens Grolman einem sachwidrigen Ur-

theil über unveräusserliche Partheyenrechte die Fähigkeit rechtskräftig zu werden abspricht, ist ein Irrthum, der unvermeidlich entstehen muß, wenn man die Verzichtleistung auf ein würklich für den Staat existirendes Recht, mit der Verzichtleistung auf die Vertheidigung eines für den Staat noch nicht existirenden problematischen Rechts verwechselt. Weniger scheint es mir zu billigen, daß Grolman blos auf Gönners Autorität zur Unterstüzzung jenes Irrthums, eine ihm nicht beweisende Stelle des kanonischen Rechts (II. 27. X. c. 7.) anführt. Hatte doch schon längst der Vater des protestantischen Kirchenrechts die Nichtbeweiskraft dieser Stelle überzeugend dargelegt. *)

*) J. H. Boehmeri jus ecclesiasticum protestantium. L. II. T. 37. §. 45.

Ende des ersten Bandes.

Digitized by Google

Anzeige eines wichtigen juristischen Werkes:

Wörtlicher Abdruck einer Recension aus der Jenaer Litteraturzeitung vom 5. und 6ten May 1807.

Giesen bey Taschè und Müller: Encyklopädie.

Dieses Werk ist das Resultat von einem fleißigen Quellenstudium, und, nach Rec. Einsicht, als systematische Erläuterung sämtlicher Rechtsquellen, sowohl für den akademischen als angehenden praktischen Juristen sehr vortheilhaft. Was beide sonst aus vielen anderen kostspieligen und zum Theil seltenen Werken mühsam zusammentragen mußten, um sich die zur wahren Praxis nöthigen Vorkenntnisse zu eigen zu machen, können sie mit weit geringerer Mühe, und zum Theil auch vollständiger aus vorliegendem Werke erlernen. Eigene Berichtigungen dunkeler Rechtslehren aus historisch philosophischen Ansichten finden sich darin nicht; dagegen liegt dem wichtigsten Theile desselben die, nur erst in einigen neueren Rechtsgelehrten benutzte, einzig wahre Ansicht zum Grunde, die innere und äußere Rechtsgeschichte mit einander zu verbinden, und so das Fortschreiten derselben von den Zwölftafelgesetzen an, bis auf Justinian, im Ganzen periodenweise darzustellen.

Die ganze Encyklopädie zerfällt in drey Hauptabtheilungen: 1) in speculative Ansichten zur philosophischen Begründung einer besseren Rechtsverfassung; 2) in eine nach vier Perioden abgetheilte Geschichte des römischen und 3) in ein System des heutigen Rechts. Der erste Band, als Einleitung in das gesamte positive Recht aus dem Standpuncte der Wissenschaft zerfällt in einen spe-

Digitized by Google

culativen (von 335 S.) und einen historischen Theil (von 552 S.).

In dem speculativen Theile geht der Verf. vom Ich als dem Princip alles Wissens aus, erklärt die Hauptmomente des Transcendentalidealismus, und versuchet hiernach die Construction eines Rechtsmechanismus im Gebiete der reinen Objectivität und im Ideellen. Der erste Versuch bezweckt die Auffindung der Art und Weise, wie Vernunftwesen in freyer Wechselwirkung, der zweyte, wie sie doch zugleich mit Nothwendigkeit in der freyen Wechselwirkung gedacht werden können. Das eigentliche Problem der Construction dieses Rechtsmechanismus ist demnach „die Freyheit der Einzelnen in Nothwendigkeit zum Behufe der Freyheit zu verwandeln.“ Hiezu erfodert der Verf. eine neue, durch den allgemeinen Willen stillschweigend vertragsmäßig begründete Rechtsverfassung, und als deren nothwendige Bedingungen 1) die Freyheit des Individuums in der Sinnenwelt, und eine vollkommen durch den Staat garantirte Wechselwirkung zwischen den Vernunftwesen in der Aussenwelt; 2) eine Kirche oder Vereinigung Aller mit Allen zur Hervorbringung gemeinschaftlich praktischer Ueberzeugungen; 3) eine Gelehrtenrepublik, welche bestrebt seyn solle, jedes Individuum zur Erkenntniß des Vernunftgesetzes empor zu heben, oder zur Freyheit theoretisch und praktisch zu erziehen. — Wenn nun gleich nach des Verf. eigenem Urtheile das Entstehen einer solchen Rechtsverfassung eben so unmöglich ist, als die wirkliche Errichtung des postulirten Urvertrages: so hält er doch die Fiction des letzteren in so fern für nothwendig und praktisch, als daraus die Möglichkeit und Nothwendigkeit einer Annäherung des positiven Rechts zur al-

lein wahren Wissenschaft des Rechts hervorgehe, und die Repräsentanten der Staatsgewalt dadurch aufgefodert würden, die Annäherung der wirklichen Staaten zu der allein rechtlichen Staatsverfassung, sowohl des einzelnen Staates, als in Rücksicht des Verhältnisses zwischen Staaten und Staaten, zu bewerkstelligen. — Rec. kann sich auch von der Möglichkeit einer auf diese Weise zu bewirkenden Annäherung zum wahren Rechte nicht überzeugen. Alle anderen Gründe zu geschweigen, würde sie nothwendigerweise eine Erziehung und Geistesausbildung aller einzelnen Volksglieder voraussetzen, welche sich mit den, unmöglich hintanzusetzenden, Gewerbverhältnissen und dem Ackerbau durchaus nicht verträgt, und darum schon in keinem Staate möglich ist. Ein Rechtskatechismus würde dieser Unmöglichkeit keineswegs abhelfen. Denn wenn er auch nach des Verf. Ansicht nur das Wichtigste des Materiellen des Rechts enthalten sollte, so würden doch solche, nothwendigerweise auf die freye Wechselwirkung aller Volksindividuen berechnete allgemeine Grundsätze, gerade die schwierigsten seyn, und wie die Erfahrung immer gelehrt hat, in Rücksicht der Beurtheilung ihres philosophischen Gehaltes selbst für den, durch vieljähriges und anhaltendes Studium gebildeten, Akademiker noch immer problematisch bleiben. Die Fähigkeit, den Werth einer Gesetzgebung nach eigener freyer Ueberzeugung philosophisch zu würdigen, worauf es doch hier in Rücksicht aller Volksindividuen ankommen würde, erlangen selbst die besten Köpfe nicht in einigen Jahren, und die meisten nie. Weitere Beweise hierüber wird man nicht verlangen. Hierin liegt zugleich der Grund, warum Rec. ohne dem, für unseren juristischen Lehrling zwar nicht deut-

Digitized by Google

lich genug niedergelegten, aber hier unmöglich deutlicher zu erklärenden Detail zu folgen, nur die Resulate der speculativen Ansichten des Verf. aushob.

Gehaltreich ist dagegen der historische Theil. Er enthält die erste Periode der Geschichte des römischen Rechtes von Erbauung Roms bis zu dem Grundgesetze der XII Tafeln. Die Recension kann und wird nur auf dasjenige besondere Rücksicht nehmen, was für die Interpretation vorzüglich wichtig ist. Nach einer kleinen Einleitung beschreibt der Verf. 1) den Charakter und Culturzustand der Römer (als eines kriegerischen und doch zugleich ackerbauenden Volkes, woraus sich so manche Eigenheiten der römischen Gesetzgebung erklären) 2) die damalige Staatsverfassung Roms a) vom J. 1 bis 244. Die Theilnehmer an der Staatsgewalt waren das Volk, der Senat, der Rex; und b) vom J. 245—305 zwey Consuln (statt des Königs), der Diktator, die Volkstribunen, auch (302—304) die Decemvirn 3) Die Staatsverwaltung Roms α) vom J. 1—244 durch das Volk, den Senat und den Rex β) vom J. 245—305 durch das Volk, zwar nicht mehr allein in Versammlungen nach Curien und Centurien, sondern auch nach Tribus, durch den Senat und durch die obersten Staatsbeamten, Consuln, Volkstribunen, Dictator, Interrex und die Decemvirn (Gesetzcommission). Zugleich werden die Staatsämter, die Staatseinkünfte, die Justiz- Polizey- Finanz- und Militär-Anstalten in jeder dieser Unterabtheilungen, und in der letzten auch die Religionsanstalten beschrieben. Gegen diese, zwar nicht gewöhnliche, abgesonderte Darstellung der Staatsverfassung und Staatsverwaltung, wenn gleichwohl Wiederholungen dadurch unvermeidlich werden, läßt

Digitized by Google

sich mit Grunde nichts erinnern. 4) Die Geschichte der Gesetzgebung und der Quellen der ersten Periode. Als solche werden aufgeführt mehrere Verordnungen von Romulus, Numa und Servius Tullius, nachher noch mehrere andere Leges, und endlich das im J. 300 erfolgte, durch einen Volksschluß bestätigte, Senatusconsult, vermöge dessen drey Gesandte zum Behufe einer neuen Gesetzgebung nach Griechenland geschickt werden sollten. Hierauf folgen Nachrichten von der Entstehung und Abfassung der XII Tafelgesetze und der Commentare darüber von Aelius Sextus, Lucius, Aelius, Antistius Labeo, Servius Sulpicius und dem besten von Cajus; ferner Nachrichten von dem damaligen Studium und der gelehrten Bearbeitung, auch von dem in jene Zeiten fallenden jus civile Papinianum, und hiernächst der Text der XII Tafelgesetze selbst. Dieser ist vollständig und mit ganz besonderem Fleiße aus den besten Quellen hergestellt. Jede Stelle derselben ist durch eine deutsche Paraphrase, und jeder undeutliche Ausdruck noch besonders erläutert. Hierunter finden sich Worterklärungen, welche zur Interpretation beytragen, und vergebens bey Brisson oder Cauvin gesucht werden. Ganz befriedigend ist der Text freylich nicht immer erklärt. So z. B. ist der Verf. mit sich selbst nicht einig, wie Tafel III. Verordn. IV. §. 7. „Ast. Sei. Plousebos. Adictos. Siet. Tertieis, Nundineis, Partis. Secantod. Sei. Plus. Minusve. Secuerunt. Sed Frauded. Estod. zu erklären sey?“ Wenn der Gemeinschuldner an drey auf einander folgenden Marktagen vor das Tribunal des Oberrichters auf dem Comitialplatze geführt, und seine Schuldenlast öffentlich bekannt gemacht worden war (und noch immer sich Niemand durch baare

Zahlung oder Uebernahme der Obligation Seiner annehmen wollte): so konnten die Gläubiger secare in partes, und si plus minusve secuerint, sine fraude esto. Im System (S. 550) scheint es dem Verf. wahrscheinlicher, daß sich die sectio nicht auf die Theilung des Körpers des Schuldners, sondern ausschließlich auf den Verkauf der Güter bezogen habe. Hingegen streitet die Strenge des XII Tafelgesetzes gegen die Person, besonders im Mangel hinlänglichen Vermögens: nach dem Zeugnisse einiger Classiker ist der Verf. daher geneigt, die Zwölftafelverordnung dahin zu erklären: (S. 221) „die Gläubiger hätten das Recht gehabt, am dritten Markttage den Schuldner umzubringen und den Körper desselben unter sich zu theilen, und diese Theilung hätte bestehen sollen, wenn sie auch nicht genau mit der Größe der Foderungen im Verhältniß gestanden hätte.“ — Wem möchte wohl diese Erklärung nicht äusserst auffallend seyn! Wie, wenn die Gläubiger das Recht gehabt hätten, im Falle der Unzulänglichkeit des Vermögens den Schuldner, jeder nach seinem intellectuellen Antheile, am dritten Markttage zu verkaufen, ohne Verbindlichkeit desjenigen, welcher für seinen Antheil verhältnißmäßig mehr Kaufpretium, als die anderen erhalten hätte, mit diesen nun noch das Mehrempfangene verhältnißmäßig zu theilen? Nach der Erläuterung des Textes der Zwölftafelgesetze kommt der Verf. auf das Rechtssystem in der ersten Periode. Nach einer philosophischen Einleitung über die Beschränkung der Thätigkeit der Person in Rücksicht der Einwirkung auf andere Personen und deren Thätigkeit, besonders über die Anerkennung der Persönlichkeit eines jeden Individuums als Bedingung des wahren Rechtsverhältnisses überhaupt, und

über die Begriffe von persönlichen Rechten, von Rechten auf Sachen, vom Rechte der Foderungen und vom Rechte der Gewalt, entwickelt der Verf. I) das römische Personenrecht 1) in Rücksicht des Rechtes der Persönlichkeit, nach der Eintheilung der Menschen a) in Freye und Sklaven. Wie der Verf. mit den meisten unserer juristischen Schriftsteller dafürhält, konnte der römische Hausvater seinen Sohn einem Anderen durch dreymaligen Verkauf als Sklaven überlassen. Rec. ist der Meynung, daß dieß der römische Hausvater nie konnte. Das Zwölftafelgesetz „Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto" sagt nicht, daß der Sohn durch diese Operation Sklave des Käufers, sondern nur, daß er dadurch von der väterlichen Gewalt frey werde, und bezeichnet offenbar nichts anders, als das Verhältniß des Scheinverkaufes zum Behufe der Adoption oder Emancipation (Cod. VIII, 48 und 49 Const. ult.). — Zwar nicht der Verf., aber Andere, führen eine Stelle aus Ulpian auf (XXIII. 3): „agnascitur suus heres — manumissione, id est, si filius ex prima secundave mancipatione manumissus reversus sit in patriam potestatem." Hieraus soll hervorgehen, daß der römische Hausvater seine Kinder in beträchtlichen Zwischenräumen, mithin des Gewinnes wegen, habe verkaufen können: allein diese Stelle deutet auf nichts anderes, als darauf, „der Sohn habe durch eine jede der drey zur Emancipation nöthigen Mancipationen, womit die Römer die Folge einer imaginaria servilis causa verbanden, die Familienrechte in der Stammfamilie verloren; habe sie aber durch die erste und zweyte Remancipation immer wieder erhalten, und nun durch einen gegen die dritte Mancipation eingelegten Wider-

spruch auch etwa als suus posthumus das Testament seines Vaters, worin er früherhin und nicht wiederholt ausgeschlossen war (welches doch unstreitig auch schon in der ersten Periode zur Rechtsbeständigkeit des Testamentes nöthig war, S. 455), anfechten können. Wären nun auch gleichwohl die Hauskinder durch die Noxae datio Sklaven geworden, so würde dieß noch lange nicht beweisen, daß sie der Vater auch schlechthin als Sklaven verkaufen gekonnt habe: überdieß ist es nach den Zeugnissen der Alten (Quintilian. Instit. Orat. VII. 3 u. a.) gewiß, wie auch der Verf. bemerkt (S. 357.), daß die Haußkinder durch die Noxae datio nicht eigentliche Sklaven, sondern nur zu sklavischen Arbeiten verbunden wurden, so, daß sie nach abverdienter noxa sogleich entlassen werden mußten. Eben so wenig beweiset für die Meinung des Verf. Constit. 2. Cod. IV, 43. In dieser Stelle erlaubte Constantin dem Vater, sein Kind nur von Mutterleibe weg zur Erleichterung der drückendsten Noth zu verkaufen; allein diese Verordnung bezieht sich offenbar nur auf eine damalige barbarische Sitte liederlicher oder gewinnsüchtiger Aeltern, welche gewiß nie zum Rechtsinstitute erhoben war; und in der Stelle selbst steht kein Wort davon, daß sie eine Einschränkung eines früherhin gesetzlichen Rechtes des Vaters, seine Hauskinder des Gewinnes wegen als Sklaven zu verkaufen, machen sollte; im Gegentheile versichert uns K. Const. selbst in Const. ult. Cod. VIII, 47.: „daß der römische Haußvater, wiewohl ihm einst das Recht über Leben und Tod der Kinder eingeräumt gewesen, doch nie das Recht, dieselben ihrer Freyheit zu berauben, gehabt hatte.“ b) In Fremde und homines alieni juris. 2) In

Rücksicht der persönlichen Rechte der Staatsbürger nach den Verhältnissen des status libertatis, civitatis und familiae, nach der Verschiedenheit des Geschlechtes, und zwar der Männer nach ihrem Verhältnisse als Patricier und Plebejer gegen den Staat, und als Patronen und Clienten gegen einander; ferner nach den Verhältnissen der Haußherrschaft, α) des Mannes über seine Ehefrau, welche entweder in einer strengen oder nicht strengen Ehe lebten (Concubinat war noch nicht bekannt), β) des Hausvaters über seine Kinder, γ) des Herrn über seine Sklaven; und sodann nach dem verschiedenen Verwandtschaftsverhältnisse der Agnaten, Cognaten und Gentilen. Als Anhang wird das Institut der Vormundschaft erläutert. II. Das römische Sachenrecht. In einer philosophischen Vorbereitung deducirt der Verf. die Art, wie die persönlichen Kräfte in Beziehung auf Sachen durch die persönlichen Kräfte Anderer modificirt und verändert werden können, und erklärt nun a) die römischen Begriffe des Rechtes auf Sachen (in rem), 1) des strengen römischen und des laxen Eigenthumes. Beyläufig trägt er die gewöhnlichen Abtheilungen der Sachen (mit Ausnahme der in res mancipi und nec mancipi, welche in dieser Periode noch nicht existirte) vor: von den res publicae in sensu stricto sagt er, jeder Staatsbürger (wie es fast in allen anderen Lehrbüchern heißt, „quilibet ex populo romano vel illo, cujus res est,“) habe sie gebrauchen können. Rec. findet diese Beschränkung ganz unrichtig. Im Fr. 5. Dig. I. 8 heißt es: „riparum usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis,“ im Fr. 4. pr. eod. „das Meer sey juris gentium,“ und im Fr. 4. §. 1. eod. „flumina publica (d.

§. populi romani fr. 15. Dig. 50. 16.) sunt.“ An den res publicae hat also jeder Mensch den freyen Gebrauch, wie dieß durch Inst. II. 1. §. 1. „flumina publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in fluminibus“ bestätiget wird. Nur in van Eck princ. jur. civ. sec. ord. Dig. Lib. I. Tit. 8. §. 14. 15. hat Rec. bis jetzt den gerügten Irrthum berichtiget gefunden. 2) Der als Dienstbarkeiten jetzt nur vorkommenden Wegegerechtigkeiten und Wasserleitungen. b) Die römischen Begriffe des Rechtes an Sachen (ad rem), nämlich der obligatio civilis und naturalis. Hierauf folgt die Darstellung der Quellen der Veränderungen des Sachenrechts im Allgemeinen, entweder durch unerlaubte und erlaubte Handlungen, oder durch andere Thatsachen, und in Betreff einzelner Arten von Rechten, A) des Rechtes der Forderungen, 1) der obligationes ex pacto und ex contractu. Die Contracte zerfallen in reales nominati, (unter diese rechnet der Verf. jetzt schon nebst dem mutuum und depositum auch namentlich das commodatum und pignus, wiewohl es nach Tab. III wahrscheinlicher ist, daß diese beiden unter dem Ausdrucke „depositum“ begriffen wurden,) reales innominati und verbales. 2) Der obligationes ex delicto durch Verletzung der Güter einer Person oder der Person selbst. Der Verf. muthmaßet, man habe jetzt bey der aus Vergehen entstehenden obligatio die verschiedenen Arten der culpa noch nicht unterschieden. Rec. ist dieser Meynung auch; nur fragt sichs, wie dieß zu erklären sey? Aus dem späteren Systeme der Römer, wo die Trennung dreyer Grade von Culpa vorkommt, zeigt es sich, daß diese nur in Rücksicht der Contracte bonae fidei, und zwar nur insofern sie Unthätigkeit bezeichnet, beson-

ders wichtig ist. Die rechtlichen Grenzlinien zwischen der schädlichen Thätigkeit und Unthätigkeit sind uns von Labeo und Iavolen im Fr. 57. Dig. 19. 2. (loc. cond.) vorgezeichnet; aber diese Grenzlinien sind so fein, daß sie dem Zeitgeiste der ersten Periode nicht entsprechen; damals wurde wohl noch manche Beschädigung, welche späterhin nach den Regeln der Unthätigkeit beurtheilt wurde, als schädliche Thätigkeit, und nach der, eine jede schädliche Thätigkeit schon dem Ersatze unterziehenden, Tab. 7. behandelt. Ohnehin konnte, wie auch noch im neuesten Rechte (Fr. 91. pr. Dig. 45. 1,) in Betreff der damals gewöhnlichsten und wichtigsten Geschäftsform, nämlich der Stipulation, keine Rede vom Ersatz der Unthätigkeit seyn. In Betreff der wenigen und selteneren Geschäfte also, wo ein Ersatz der Unthätigkeit (casus wie Tab. 7. sagt, das heißt nach einem Fragmente von Gajus, negligentia) zur Sprache kommen konnte, blieb die Entscheidung wahrscheinlich dem richterlichen Ermessen überlassen. Dieselben Verordnungen finden wir auch jetzt wieder in dem Code civil des Français, nur mit dem Unterschiede, daß der französische Richter in Rücksicht der Unthätigkeit bey einigen Contracten an eine bestimmte Vorschrift des Gesetzes gebunden ist. (Code civil contenant la série des lois qui le composent avec leurs motifs etc. Liv. III. Tit. III. Chap. II. art. 1382, 1383, und Liv. III. Tit. III. Chap. IV. Sect. VI. mit den Exposés des motifs III. 2, pag. 49.). 3) Der obligationes ex variis caussarum figuris. B) In Betreff des Rechtes auf Sachen, nämlich, da jetzt noch keine der übrigen Arten dinglicher Rechte ausgebildet war, des natür-

lichen (laxen) und des strengen römischen Eigenthumes. Zum Erwerbe des strengen Eigenthumes durch usus oder usucapio sollen nach der Meinung des Verf., welche zwar von den Meisten vertheidiget wird, schon jetzt justus titulus und bona fides nöthig gewesen seyn. Rec. ist anderer Meinung. Die Zwölftafelgesetze sagen hiervon nichts (Tab. 6); beide Erfoderniſse scheinen also erst späterhin durch die Interpretatio prudentum aufgekommen zu seyn. Ueberhaupt war die usucapio in der ersten Periode nicht bloß derivativer, sondern auch absoluter Erwerbgrund des strengen Eigenthumes, d. h. auch ohne Uebertragung einer Sache von einem Rechtssubjecte auf das andere. C) In Betreff aller Rechte einer Person, nämlich der Succession in die gesammten Güter (welche der Verf. vorerst philosophisch beleuchtet,) theils bey Lebzeiten des Besitzers, theils nach dessen Tode, welche letztere entweder vom Erblasser selbst, auch wohl mit auſserwesentlichen Bestimmungen (Substitutionen, Legaten u. s. w.) angeordnet wird — hereditas testamentaria — oder im Mangel einer solchen rechtsbeständigen Anordnung von den Gesetzen zu Gunsten der suorum, agnatorum und gentilium angeordnet ist — hereditas legitima seu ab intestato. Bey der Trennung dieser beiden führt der Verf. Taf. 5 Verordn. 2 an, wo es heißt „sei paterfamilias intestato moritor etc.“ Hier hätte zugleich die Bemerkung am rechten Orte gestanden, daß es sich nur aus der Anhänglichkeit der Alten an den Buchstaben des Gesetzes erklären läßt, was noch jetzt bey uns geltendes Recht ist, nämlich daß, wenn ein Testamentserbe da ist, sollte er gleichwohl nur auf eine gewisse Sache eingesetzt seyn, dieser doch mit Ausschlusse der Intestatfolger das ganze Vermögen des

Digitized by Google

Erblassers erhält, denn ein für allemal ist dieser nicht intestatus gestorben. Den Schluß des Rechtssystems macht eine treffliche Ausführung über die Erbfähigkeit der Frauenzimmer. . . Hiernächst deducirt der Verf. philosophisch die Nothwendigkeit der Staatsgewalt, und beschreibt die Verhältnisse der römischen in der ersten Periode, die Inhaber derselben im Allgemeinen, insbesondere die gesetzgebende, vollziehende, beurtheilende und aufsehende Gewalt, das Recht der Aemterbesetzung (es ist demjenigen, welcher weiß, daß der Römer nur um Ehre und Gewalt, nicht auch um ein Salair diente, auffallend, in neueren Schriften über die Entlassung der Staatsbeamten römische Gesetze angeführt zu finden), das Militärrecht, das Finanzrecht, die Justizgewalt, die Polizeygewalt und das Religionsrecht. Hierauf folgt das Criminalrecht. Der Verf. sagt, die Unterlassung der Angabe des Vermögens beym Census sey mit dem Verluste aller Bürgerrechte und der Freyheit bestraft worden. Dafür streitet freylich das von ihm zwar nicht angeführte Zeugniß des Dionys. von Halicarn. IV. 13.; dagegen soll nach Liv. III, 44, Todesstrafe darauf gestanden haben; es läßt sich also hierüber nichts mit Gewißheit bestimmen. — Die Zwölftafelgesetze bestimmen öfters die Todesstrafe, ohne die Art zu bestimmen, wie sie exequirt werden sollte: hievon sagt der Verf. nichts. In den ältesten Zeiten wurde der Verbrecher bis zum Tode gegeisselt, nachmals nur gegeisselt und enthauptet. . . Das Proceßrecht, womit der Verf. den ersten Band beschließt, zerfällt in das civilistische und criminalistische Verfahren. Im Civilproceße spricht der Verf. schon jetzt von den Decemviri stlitibus judicandis als einem Collegium, welchem die Beurtheilung schwieriger vor dem judex schon

ausgemittelter Facten nach Rechtsgründen übertragen gewesen wäre. Wie er selbst erinnert, kommt in den Zwölftafelgesetzen nichts davon vor, nur Liv. III. 55, führt eine consularische lex Valeria Horatia an, worin von Decemviris Meldung geschieht. Rec. zweifelt daher sehr, ob schon jetzt bey dem noch so sehr rohen Zustande der Rechtswissenschaft ein solches Collegium, nur zur Untersuchung und Entscheidung schwieriger Rechtsfragen bestimmt, existirte. Bey Liv. in der angeführten Stelle steht bloß Decemviri ohne den Zusatz „stlitibus judicandis," und sie sind dort nur, wie die Tribunen, Aedilen und judices, als personae sanctae aufgeführt, ohne daß ihr eigentlicher Geschäftskreis genannt ist: der wichtigste Umstand aber, welcher gegen den Verfasser streitet, ist dieser, daß Pomponius Fr. 2. §. 29. Dig. I. 2, die Decemviri stlitibus judicandis erst in die Zeiten des practor peregrinus (also lange nach der Abfassung der Zwölftafeln), setzt. — Dagegen sagt der Verf. davon nichts, daß der, welcher bey der lis vindiciarum den praetor dolose bewog, daß er ihm den interimistischen Besitz der streitigen Sache zuerkannte, nach Gell. XX. 10, und anderen Classikern, den doppelten Ersatz der bis zu Ende des Processes bezogenen Früchte seinem Gegner leisten mußte.

Die erste Abtheilung des zweyten Bandes handelt von den Zeiten nach Errichtung der Zwölftafeln bis auf Cicero (305 bis 660) — zweyte Periode — der Gang der Entwickelung ist ganz derselbe, wie in der ersten. Der Staat war durch eroberte Länder sehr vergrößert. Als Theilhaber der Staatsgewalt und mit bedeutendem Einflusse auf die Staatsverwaltung waren zu den in der ersten

Digitized by Google

Periode genannten (bey welchen sich freylich auch vieles geändert hatte,) noch hinzugekommen die Militärtribunen mit consularischer Gewalt, die Censoren, die Prätoren, die von den Tribunen jetzt unabhängigen Aedilen, und für die eroberten Länder die Proconsuln, Prorätoren, Quästoren und Legaten. Die Geschichte der Prätur, insonderheit wie die Prätoren, ohne alle List und Betrug, die Gesetzgebung ausbildeten und verbesserten, (welches so sehr wichtig ist, um die Grenzen der richterlichen Interpretation nach der jetzigen, von der römischen so sehr verschiedenen, Gesetzgebungs- und Gerichts-Verfassung richtig zu bestimmen) ist gut erläutert; von dem Studium des praetor peregrinus aber macht sich Rec. einen anderen Begriff als der Verf. Wenn in Rom Streitigkeiten zwischen Peregrinen unter einander, oder zwischen römischen Bürgern und Peregrinen vorfielen: so konnte das römische Privatrecht unmöglich Quelle der Entscheidung seyn. Worauf sollte nun der praetor peregrinus Rücksicht nehmen? Der Verf. meynt auf allgemeine Rechtsgrundsätze und die Natur der Sache: die Philosophie des positiven Rechtes, fährt er fort, als bloßes allgemeines Raisonnement über gegebene oder vorausgesetzte Rechtsverhältnisse (jus gentium), wäre auf diese Weise zuerst durch den praetor peregrinus, freylich dem damaligen Geiste der Philosophie, als bloßer Verstandesübung, gemäß, in Gang gebracht und ausgebildet worden. — Richtig verstanden belehren uns Inst. I. 2. §. 11, fr. 4. 5. und 9. Dig. I. 1, besonders verglichen mit fr. 1. §. 4. Dig. eod. (jus gentium est, quo gentes humanae utuntur), sehr deutlich, daß die Römer nur das als praktisches jus gentium betrachteten, was als positives gemeinschaftliches

Recht unter den meisten (cultivirten) Völkern der Erde angenommen war. Das jus gentium im Sinne des römischen Rechtes war also nichts weniger als individuelles Raisonnement des praetor peregrinus: dieser sollte nicht urtheilen, die Völker müßten wohl das, was er für Vernunftrecht hielt, für gemeingültiges Recht anerkennen, sondern umgekehrt, er sollte die positiven Rechtsgebräuche der Völker studiren, und das durch dieses Studium Gefundene für jus gentium anerkennen, und bey den, seiner Entscheidung angewiesenen, Streitfällen zum Grunde legen. Wenn nun der Verf. mit Mylius und Conradi behauptet (S. 122), der praetor peregrinus hätte doch auch Vieles aus dem Edicte des praetor urbanus entlehnt, so ist dieß sehr einleuchtend; etwa eben so, wie wir sehen, daß das preussische Landrecht oder der Code civil des Français in so sehr vielen Rechtsbestimmungen mit dem römischen Rechte übereinstimmen. — — Die Art der Bewerbung um Staatsämter, so wie die Einkünfte und Ausgaben des Staats, hatten mannichfaltige Veränderungen erlitten. Die Civiljustiz verwalteten jetzt, nebst dem praetor urbanus und dem praetor peregrinus, die decemviri stlitibus judicandis, welche, zwar gegen des Verf. Ansicht, aber doch höchst wahrscheinlich nach Fr. 2. §. 29 bis 31. Dig. I. 2 (ohngeachtet darin nicht stlitibus sondern litibus steht,) einzelne Senate (hastae consilia) des Centumviralgerichts bildeten: für die Criminaljustiz waren jetzt nebst dem alten Volksgericht vier stehende Tribunale (quaestiones perpetuae) etablirt; — gleichfalls war in Ansehung der Polizey-, Finanz-, Militair- und Religions-Anstalten Manches geändert — neue geographische Verhältnisse des römischen Staates, insonderheit

seine politischen mit den Samniten, Latinen, Illyriern, mit Macedonien und Karthago, mit den Municipalstädten Kolonien, Präfecturen, mit den freyen verbündeten und freyen föderirten Städten, sind in dieser Periode merkwürdig. Die Rechtsquellen waren jetzt leges, plebiscita, senatusconsulta (die beiden letzteren zählt der Verf. vollständig auf,) edicta magistratuum und das Gewohnheitsrecht (jus civile in engster Bedeutung). Dieses bildete sich aus durch die disputatio fori. Hierunter versteht der Verf. dasjenige Recht, welches durch mehrere ähnliche gerichtliche Entscheidungen der Rechtsgelehrten, die als judices beym Centumviralgericht, oder als Assessoren und Freunde der Magistratspersonen, mit diesen richterliche Sentenzen abfassen mußten, entstanden sey: das Fr. 2. §. 5. Dig. I. 2. liest er: „coepit, ut interpretatio desideraret prudentum auctoritatem, necessariamque esse disputationem fori; hieraus, meynt er, erhelle es klar, daß Pomponius die disputatio fori von der auctoritas prudentum abgesondert habe. Rávardus nämlich hält beide für eins, und behauptet, die vorzüglichsten Rechtsgelehrten hätten in Versammlungen auf dem forum über streitige Rechtsfragen disputirt, und durch die Stimmenmehrheit sich darüber vereiniget. Diese, nach des Verf. Meinung durch Nichts erweisliche, Behauptung des Rávardus ist allerdings die einzig richtige: wie offenbar gegen den Verf., eben so deutlich für Rávardus, spricht das Zeugniß Justinian's Inst. I. 2. §. 8, „daß von jeher öffentliche Rechtsinterpreten gewesen seyen, daß solchen öffentlichen Rechtsinterpreten nachmals von den Kaisern die facultas respondendi verliehen worden, und daß von solchen Responsen,

weil sie die öffentliche Meinung aussprachen, die Richter (diese waren also gewiß nicht die öffentlichen Interpreten selbst,) in ihren Urtheilssprüchen nicht hätten abweichen dürfen.“ Hiermit steht nun auch die ächte florentinische Lesart des Fr. 2. §. 5, cit. „his legibus (XII Tab.) latis coepit, ut naturaliter evenire solet, (et) ut interpretatio desideraret, (und wie es die Ausbildung der Theorie erheischte,) prudentium auctoritate (interveniente) necessariam esse disputationem fori,“ das unmittelbar darauf folgende „haec disputatio et hoc jus compositum a prudentibus communi nomine appellatur jus civile,“ und endlich das „est proprium jus civile, quod in sola prudentium interpretatione consistit,“ (§. 12, eod.) in der reinsten Verbindung. . . Hieraus ergiebt sich zugleich, wie sehr das Studium und die gelehrte Bearbeitung der Rechtswissenschaft in dieser Periode verändert waren. Die praktischen Arbeiten bestanden nun auch in respondendo, scribendo, (actiones) und in cavendo — es erschienen mehrere Sammlungen, das jus Flavianum, das jus Aelianum u. s. w. — — Das Rechtssystem hatte sich sehr ausgebildet. Im Personenrechte waren, nebst den Abtheilungen der vorigen Periode, noch die in cives optimo jure und andere, auch die in Ritter und nobiles aufgekommen. Die Ehe hat der Verf. nur nach den Verhältnissen erklärt, unter welchen sie als matrimonium justum zwischen römischen Bürgern Statt hatte: von dem matrimonium injustum sagt er nichts. Trat nämlich zwischen beiden Gatten zu nahe Verwandtschaft ein, so war das matrimonium injustum: unter römischen Bürgern war eine solche Ehe ohne rechtliche Wirkung: war hingegen wenigstens einer

von den Gatten Peregrin, so waren sicher nach dem jus gentium rechtliche Wirkungen einer solchen Ehe beygelegt, wenn nur die Verwandtschaft nicht in linea recta war; denn dadurch wäre sie freylich als incestus juris gentium nothwendigerweise ohne alle rechtliche Wirkungen geblieben. (Fr. 68. Dig. XXIII. 2. Fr. 38. §. 2. Dig. XLVIII. 5.). . . Bey der Vormundschaft waren die tutela magistratus decreto constituta und die cura minorum aufgekommen. — Im Sachenrechte war nun das dominium naturale nach dem jus gentium durch den Prätor, auch die Servituten, ja selbst schon die Theorie „Servitus non potest consistere in faciendo“ ausgebildet. Der Verf. erklärt diesen Grundsatz daraus, „weil sonst die Servitut nicht auf der Sache des Eigenthümers, sondern auf seiner Person ruhen würde: allein damit ist die Schwierigkeit gar nicht gehoben. Warum nämlich eine Dienstbarkeit nicht auf der Person des Eigenthümers ruhen kann? Dieß ist grade das zu lösende Problem. . Wenn wir mit dem Verf. S. 442 den jetzt schon etablirten Grundsatz: „Keiner nutzet oder schadet durch seine Verträge einem Dritten,“ hieher ziehen, und auf den Begriff der Servituten als immerfortdauernder Lasten des dienenden Grundstückes reflectiren: so ist es klar, daß ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, zu Gunsten einer anderen Sache oder Person gewisse, dem Promissar vortheilhafte Handlungen, in Bezug auf seine Sache vorzunehmen, zwar den Promittenten, etwa auch dessen Erben, zu Gunsten des Promissars, so wie auch dessen Erben verbinden würde, keineswegs aber den Singularsuccessoren beider Contrahenten nachtheilig oder nützlich, mithin keine wahre Servitut seyn konnte: dahingegen, wenn der Eigenthü-

Digitized by Google

mer der dienenden Sache mittelst Vertrages einen Theil seines Eigenthumes entweder bloß davon losreisset, oder die Ausübung des losgerissenen Theiles auf die Sache des Fremden überträgt, so ist dadurch das Eigenthum jener Sache beschränkt, und das Eigenthum dieser verbessert, beides auf immer, so lange die Sachen existiren; und wie die beiderseitigen Successoren das Eigenthum der Sachen finden, so steht es ihnen nicht zu, nicht anders. Da nun alles Eigenthum im Ausschliessen fremder Einwirkung und im Selbsteinwirken auf die Sache besteht, so besteht nothwendig alle Beschränkung des Eigenthums im Nichtausschliessen fremder Einwirkung (in patiendo) und im Nichtselbsteinwirken (in non faciendo). . . . Beym Pfande kam schon jetzt die actio Serviana vor. Das Recht der Obligationen war durch klagbare conventiones praetoriae und juris gentium vermehrt. Bey der Veränderung des Sachenrechtes war die praescriptio 10 ann. inter praesentes, 20 inter absentes, die dictio dotis und jurata promissio operarum liberti als Verbalcontracte, auch contractus consensuales (emtio, locatio, societas, mandatum) und der contractus literalis eingeführt. — Die obligationes ex delicto waren auf furtum, rtpina, damnum injuria datum und injuria bestimmt. Die obligationes ex variis causarum figuris waren in obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto, und beide wohl schon jetzt nach ihren heutigen Rubriken classificirt. Beym Ende der Obligationen war der Unterschied, ob ein Geschäft des strengen Rechtes ipso jure oder nur ope exceptionis aufgehoben war, in Ansehung des processualischen Verfahrens vor dem Prätor und dem Judex wichtig. Bey der Veränderung des Rechtes auf Sachen

kam jetzt viel darauf an, ob eine Sache res mancipi oder nec mancipi war: bey dem natürlichen Eigenthum und dessen Erwerbe kamen prätorische Fictionen, die actio Publiciana, die exceptio rei venditae et traditae und die praescriptio vor. Besonders modificirt war das Eigenthum durch die dos und das peculium. Bey der Veränderung aller Rechte war vieles geändert, es gab nun eine von den älteren ganz verschiedene sectio bonorum, nur das Mancipationstestament war im Brauche, die testamentifactio activa und passiva war mehr gebildet, die Pupillarsubstitution, die cretio, das legatum partitionis, sinendi modo, per praeceptionem, waren eingeführt, auch das beneficium abstinendi. Die Testamente wurden zuweilen als lieblos (inofficiosa) aufgehoben. Bey der hereditas ab intestato kam eine durch die lex Voconia bewirkte Veränderung vor. — Nebst der hereditas hatten die Prätoren eine eigene Erbfolge, bonorum possessio, eingeführt. Der Verf. setzt diese prätorische Erbfolge, welche freylich überhaupt noch vieler Aufklärungen bedarf, ziemlich vollständig, aber nicht in allen Puncten richtig, auseinander. So z. B. sagt er S. 548 ganz allgemein, der Contratabulant habe nur die Vermächtnisse an die nächsten Verwandten entrichten müssen. Nach Fr. 15. Dig. XXXVII. 5 entrichtet der Contratabulant, wenn er suus ist, kein einziges Legat u. s. w. S. 551 heißt es „durch die bonorum possessio contra tabulas tritt die successio ab intestato ganz ein, daher auch in einem solchen Falle nachher der exheredatus zur Verlassenschaft mit gezogen wird, nach Fr. 1. pr. Dig. XXXVII. 5 „judicia patris rescindunt.“ Diese Ansicht ist offenbar falsch. Der exheredatus erhält durch die von einem

Anderen gegen das Testament mit glücklichem Erfolge angestellte bonorum possessio contra tabulas nichts, sondern muß sein Heil in der querela inofficiosi suchen, Fr. 10. §. 5. Dig. XXXVII. 4. Dieß wäre nicht nöthig, wenn er jure successionis ab intestato zugelassen würde. (add. §. 4. eod.) Ferner wird Fr. 12. pr. eod. gesagt „Si duobus filiis et ex altero filio duobus nepotibus bonorum possessio competat, et alter ex nepotibus non petat, pars ejus fratri adcrescit etc. Eben so ließe sich aus des Verf. irriger Ansicht die Folge ziehen, daß, wenn ein Vater eines von seinen Kindern auf ein Drittheil einsetzt, das andere aber präterirt, jenes, wenn dieses die bonorum possessio contra tabulas mit glücklichem Erfolge angestellt hatte, die Hälfte der Erbschaft bekäme: und doch ist dieß nach Fr. 15. §. 2. Dig. XXXVII. 5 falsch. — Das Staatsrecht und das Regierungsrecht handelt der Verf. nach den oben bey der Staatsverfassung und Staatsverwaltung schon angeführten Veränderungen ab. — Im Criminalrecht waren die Todesstrafen sehr selten, es gab vier neue Arten von delictis publicis, und die nota censoria bewirkte Infamie. — Im Proceßrechte waren viele Neuerungen entstanden, besonders waren die actiones sehr ausgebildet, Interdicte, missiones in possessionem, restitutio in integrum waren eingeführt, die Parteyen konnten Procuratores bestellen. Die Criminalsachen kamen meistens vor die quaestiones perpetuae, nur selten vor das Volk. Um dem temerarium litigium vorzubeugen, waren das juramentum calumniae und mannichfaltige Strafen angeordnet.

Die zweyte und dritte Abtheilung des zweyten Bandes enthält die Geschichte der höchsten Ausbildung des rö-

Digitized by Google

mischen Rechtes von Cicero bis auf den Tod K. Alexander Sever (von 660—990). Die republikanische Verfassung Roms wurde durch Usurpation zur monarchischen umgeschaffen. Die dadurch so sehr veränderte Staatsverwaltung und die Geschichte der einzelnen Kaiser von Cäsar Octavian bis Alexander Sever beschreibt der Verf. ausführlich und gut, eben so den wichtigen Einfluß derselben auf die Gesetzgebung (theils durch die Senatsschlüsse, theils durch ihre eigene Constitutionen, die jetzt eine neue Rechtsquelle waren), auf das Staats- und Regierungs- und selbst auf das Proceßrecht. Ausser den kaiserlichen Constitutionen waren die Senatusconsulte in dieser Periode für das Privatrecht sehr wichtig; Volksschlüsse hingegen gab es nach den ersten hundert Jahren der Monarchie nicht mehr. Die Edicte der Magistrate waren noch eben so wichtig wie vorher; das jus civile oder Gewohnheitsrecht kam zum höchsten Grad der Vollkommenheit; Labeo und Capito stifteten ihre eigenen Schulen; die Juristen schrieben wissenschaftliche Werke. Der Verf. führt die ausgezeichnetsten Juristen der dritten Periode nebst ihren Schriften in chronologischer Ordnung auf. — Da ein vollständiges Register der Art zum Studium des classischen Pandectenrechtes unumgänglich nöthig ist, und eigentlich jeder Rechtsbearbeiter dasselbe auswendig wissen sollte: so hat es der Verf. allerdings mit Recht in die Encyklopädie aufgenommen. Nur Schade, daß es bey weitem nicht so vollständig ist, als es seyn sollte, und manchmal nur auf leere Vermuthungen, die schon andere unserer Schriftsteller täuschten, sich gründet. Beydes glaubt Rec. durch folgende Beyspiele hinlänglich zu erweisen. 1) Unter den wichtigsten Rechtsgelehrten der letzteren Zeiten dieser Pe-

riode führt er nur Papinian, Ulpian und Paulus auf. Nach Rec. Einsicht hätte er doch Venulejus nicht so ganz übergehen sollen: es ist z. B. keinem Zweifel unterworfen, daß die Exegese in Ansehung der, fast alle Rechtsgeschäfte umschlingenden, Theorien von Culpa und mora durch das Fr. 137. Dig. XLV. 1 (de verb. obl. von Venulejus) die wichtigsten Beyträge erhält. 2) Das Zeitalter von Gajus ist dem Verf. ein Räthsel. Gajus, meint er, citire selbst nicht, und werde auch nicht von Anderen citirt; gewöhnlich werde er unter Hadrian gesetzt, es sey aber durch Hugo so ziemlich erwiesen, daß er noch unter Caracalla gelebt habe. — Alles falsch. — Gajus citirt selbst, und wird auch von Anderen citirt. Im Fr. 7. Dig. XXXIV. 5. (de reb. dub.) sagt Gajus: „nostra quidem aetate Serapia, Alexandrina mulier, ad Divum Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno fetu enixa est etc.“ Im Fr. 39. in fin. Dig. XLV. 3. sagt Pomponius: „et non sine ratione est, quod Gajus noster dixit, condici id in utroque posse domino.“ Wer wollte nun noch daran zweifeln, daß Gajus unter Hadrian und vor Pomponius gelebt habe! Nach seinem bisherigen Gange trägt nun der Verf. die im ganzen Rechte entstandenen Veränderungen vor. Die Quellen sind überall ausführlich erläutert, auch die in früheren Schriften niedergelegten Aufklärungen mehrerer in dieser Periode ausgebildeten schwierigen Rechtslehren benutzt. Statt die einzelnen, wenn gleich noch jetzt praktischen, Veränderungen im Detail, wie das peculium militare, das Senatusconsultum Macedonianum, die Fideicommissa u. a. m. nach der Reihe aufzuführen, beschränkt sich Rec. auf

Digitized by Google

die Berichtigung mehrerer wichtiger Rechtslehren, welche der Verf. eben so mangelhaft und irrig, wie seine Vorgänger, erklärt, und woraus sich, wie Rec. im Eingange der Recension bemerkte, immer mehr zeigt, daß der Verf. für die Berichtigung einzelner Rechtslehren selbst keine Beyträge liefert. Beym Pfandrecht sagt er kein Wort davon, daß schon in dieser Periode dem Creditor das jus retentionis ob aliud debitum chirographarium contra debitorem zustand, wie dann die Erscheinung dieses Rechtsverhältnisses von allen seinen Vorgängern erst unter K. Gordian gesetzt, und aus dessen Const. un. Cod. etiam ob Chirographar. abgeleitet wird. Nur etwas tief verborgen liegt dieser Rechtsgrundsatz schon in einem Fragment aus Tryphon. [Fr. 20. Dig. XX. 4. (qui potior. in pign.).“ Mävius gab dem Titius ein Darlehn von 100 und erhielt von demselben zur Sicherheit dieser Foderung ein Pfandstück, welches 150 werth war: nachmals verhypothecirte Titius den Ueberschuß dieses Pfandstückes an den Sejus für ein von diesem erhaltenes Darlehn von 50, und hierauf gab nun Mävius dem Titius noch ein Darlehn von 40 schlechthin. Der Schuldner zahlte keinem seiner beiden Gläubiger. In Rücksicht des ersten Darlehns von 100 hatte Mävius auf jeden Fall Sicherheit an dem Pfandstücke, dahingegen entstand in Rücksicht des Ueberschusses unter den beiden Gläubigern Streit. Sejus, zu dessen Gunsten auch das Fragment entscheidet, machte Anspruch auf den Vorzug: — vernünftigerweise konnte dieser Vorzugsanspruch gar nicht in nähere Erwägung gezogen werden, wenn nicht Mävius an und für sich das Retentionsrecht am Pfandstücke auch wegen seiner zweyten simplen Foderung gehabt hätte. Bey der actio pro socio sagt der

Verf., ein Socius genieße gegen den anderen die Rechtswohlthat der Competenz, dem Verschuldeten müsse nämlich so viel gelassen werden, daß er von seinen Gütern noch leben könne. Ob dieß von allen, oder bloß von Universalsocien gelte: diese alte Streitfrage ist nicht berührt, so wichtig sie auch ist. Zwar läßt sich aus Fr. 27. und 63. Dig. XVII. 2. (pro soc.) und Fr. 16. pr. Dig. XLII. 1. (de re jud.) vergl. mit Fr. 11. §. 5. Dig. XIII. 7. (de pignor. act.) und Fr. 12. Dig. I. 9. (de Senat.) erweisen, daß die actio pro socio gegen einen nicht dolosen Socius immer nur darauf geht, in quantum facere potest, nur mit dem Unterschiede, daß der Universalsocius gar keine, der Particularsocius doch diejenigen seiner Schulden an dritte Personen, welche aus gesellschaftlichen Geschäften herrühren, vorerst abziehen darf: allein das condemnari in quantum facere quis potest kann unmöglich etwas anderes heissen, als „dem Schuldner wird nur sein gegenwärtiges Vermögen genommen, ohne daß andere strengere Zwangsmittel, welchen der Regel nach ein Verschuldeter unterworfen ist, Statt finden.“ Ausdrücklich bedienen sich ja die juristischen Classiker und Justinian selbst, statt des „in quantum facere quis potest“ der deutlicheren Ausdrücke „ut non ultra facultates damnetur, condemnatur quatenus facultates ejus patiuntur“ etc. Fr. 21. Dig. XLII. 2. Fr. 49. Dig. II. 14. §. 37. Inst. IV. 6. (de act.). Wenn möglich, noch mehr, bestätiget diese Bedeutung Fr. 19. §. 1. Dig. XLII. 2, wo vom Schenker, welcher doch unter den Competenzberechtigten sehr begünstigt ist, gesagt wird: „condemnatur in quantum facere potest, et quidem is solus deducto (prius) aere alieno: immo nec totum, quod

habet, extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat.“ Wie ist es nun denkbar, daß anderen minder begünstigten Competenzberechtigten so viel gelassen werden müsse, daß sie davon leben können! Anderer gesetzlichen Beweise zu geschweigen. Der Richter möge einmal die Competenz nach des Verf. und seiner Vorgänger Ansicht bestimmen, wenn der eine Socius, dessen Eingebrachtes und zugleich sämtliches Vermögen in einigen tausend Gulden besteht, wegen eines der Gesellschaft von ihm zugefügten Schadens dasselbe schwinden lassen müßte, und zu anderen Arbeiten wegen körperlicher Gebrechen ganz untauglich wäre! — Bey den Contractverhältnissen giebt der Verf. auch die gradus culpae praestandae an, welche die Contrahenten einander nach der, in der dritten Periode rein ausgebildeten Theorie der Culpa leisten müssen. Der höchste Grad des Versehens, welchen er z. B. dem Pfandgläubiger und Conductor passiren läßt, ist diligentia media und culpa levis. Beide sind nach vielen Stellen zur custodia verbindlich (Fr. 13. §. 1. Fr. 14. Dig. XIII. 7. Cod. VIII. 14. Const. 19. §. 4. Inst. III. 15. — Fr. 48. §. 4. Fr. 12. pr. Dig. XLVII. 2. Cod. IV. 65. Const. 28. §. penult. Inst. III. 25. §. 16. 17. Inst. IV. 1.). Hiedurch schon hat der Verf. hinlänglich gezeigt, daß er auch in dieser so sehr folgenreichen Rechtslehre das römische Rechtssystem, wie seine Vorgänger, nicht verstand. Rec. will sich nicht ins Detail einlassen, sondern nur die hieher gehörige römische Terminologie, woraus sich dann alle einzelnen, früherhin für widersprechend gehaltenen, Stellen des römischen Gesetzbuches vereinigt erklären lassen, auseinandersetzen. 1) Dam-

num injuria datum bezieht sich auf schädliche Thätigkeit des Mitbürgers in oder ausser Contracten und contractähnlichen Verhältnissen. Diese Thätigkeit heißt auch culpa, aber uneigentlich oder im weitern Sinne, und zerfällt in drey Grade, culpa lata, levis, levissima (Tit. Pand. ad Leg. aquil. Fr. 47. §. 1. Dig. XVII. 2. Fr. 16. §. 4. 5. Dig. X. 2.). 2) Die eigentliche culpa bezieht sich auf die Unthätigkeit des Mitbürgers, auf die Nichtabwendung äusserer schädlicher Umstände in Contracten und contractähnlichen Verhältnissen, (die wahren Begriffe von Thätigkeit und Unthätigkeit sind im Fr. 57. Dig. XIX. 2. [loc. cit.] angegeben,) und begreift alle einzelne Grade derselben, nämlich a) die culpa lata in non faciendo, oder grobes Versehen im Nichtthun (Fr. 213. §. 2, und Fr. 223. Dig. L. 16.). b) Die culpa levis in non faciendo, auch culpa schlechthin oder mittleres Versehen im Nichtthun — der Gegenbegriff hievon ist diligentia, qualem bonus oder diligens paterfamilias rebus suis adhibere solet — Fr. 137. §. 2. 3. Dig. XLV. 1. . Fr. 25. §. 16. Dig. X. 2. Fr. 22. §. 3. Dig. XXXV. 1. (ad senat. Trebell.) Cod. V. 51. Const. 7. Fr. 54. §. 2. Dig. XLI. 1. (de adquir. rer. dom.). c) Die custodia, d. h. höchste Achtsamkeit zur Abwendung des Totalverlustes der Sache, wohin dann auch die Abwendung des Diebstahles und der Usucapion gehört (§. penult. Instit. III. 25. . Fr. 35. §. 4. Dig. XVIII. 1. [de contr. emt.]. . Fr. 14. pr. Dig. XLVII. 2. . Fr. 1. §. 7. Fr. 2. Dig. VII. 9, [usufr. quamadm. cav.] Fr. 17. §. 4. Dig. XIX. 5, [de praescr. verb.] Fr. 11. Dig. XVIII. 6. [de peric. et comm. rei vend.] — Diese custodia wird nach römischem Rechte von jedem guten Hausvater prästirt, cu-

Digitized by Google

stodia, qualem diligens und qualem diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet, ist eins, [leg. prior. cit.] sie wird auch diligentia custodiendae rei genannt, namentlich in Fr. 1. §. 4. Dig. XLIV. 7. (de oblig. et act.), und die besondere susceptio custodiae in der Person solcher Contrahenten, welche ohnehin schon für custodia haften, heißt susceptio casus, (Fr. 55. pr. Dig. XIX. 2. . Cod. IV. 65. Const. 4.). — d) Die diligentia im engen Sinne, d. h. höchste Achtsamkeit sogar zur Abwendung jeder Verschlechterung der Sache, wie sie besonders im Fr. 23. Dig. L. 17. (de reg. jur.), und Fr. 5. §. 2. und 15. Dig. XIII. 6. (commod. vel contra) vorkommt. —

Das Aeussere dieses Werkes ist in aller Hinsicht empfehlungswürdig.

T. d. C.

Anzeige eines wichtigen philosophischen Werkes:

Wörtlicher Abdruck einer Recension in der Jenaer Litteraturzeitung vom 6. und 7ten August 1806.

Giesen bey Taschè und Müller. Handbuch der Philosophie für Liebhaber von Snell. 3 Thle. 2 Rthlr. 16 gr.

Die Herausgeber dieses beyfallswürdigen Handbuchs der Philosophie, das die Absicht hat, gebildete Leser, für welche die Verdeutlichung vieler Begriffe ein Interesse hat, wenn auch Philosophie nicht ihr eigentlicher Beruf ist, zu unterrichten, haben die Ausarbeitung desselben unter sich vertheilt. Die Aesthetik und die Metaphysik haben den er-

Digitized by Google

sten, die Erfahrungsseelenlehre und die Logik haben den zweyten Herausgeber zum Verf. Unsere Anzeige wird der Ordnung folgen, in welcher die bis jetzt erschienenen drey Theile die philosophischen Wissenschaften vortragen.

1) Erfahrungsseelenlehre. Die Ordnung der Materien ist die gewöhnliche. Ueber das Daseyn der Seele kann kein Streit seyn, sagt der Verf., wenn wir keinen anderen Begriff mit diesem Worte bezeichnen, als den inneren Grund von den Erscheinungen des Verstandes, des Empfindungs- und des Begehrungsvermögens. „Dieses Princip, welches wir mit einem eigenen Namen das Ich, den Geist, die Seele nennen, ist ein von der körperlichen Materie, mit der es verbunden ist, verschiedenes Wesen, weil seine Wirkungen von denjenigen, welche körperliche Kräfte hervorbringen, ganz verschieden sind.“ Die Unkörperlichkeit jener Erscheinungen ist freylich nicht zu bezweifeln, weil man sich derselben nur als Dinge in der Zeit und nicht als räumlicher Objecte bewußt ist. Auch sind diese Begriffe identisch. Aber die zweyte Behauptung sagt zu viel. Daß das Princip unkörperlicher Erscheinungen immateriel ist, dieses Urtheil kann nicht bewiesen und schwerlich verständlich gemacht werden. Das organisirte menschliche Wesen ist das Princip dieser inneren Erscheinungen. Bey dieser Angabe wird es die Psychologie bewenden lassen müssen. Diese Erscheinungen sind innere, d. i. blos in der Zeit vorstellbare Gegenstände; von ihrem Princip läßt sich dieses nicht sagen. Denn entweder als Substanz, dessen Accidenzen diese Erscheinungen sind, oder als Ursache, die sie als Wirkungen hervorbringt, würde es gedacht werden müssen. Der erste Begriff kann nicht von der räumlichen Bestimmung absehen, und auch

der Begriff von Ursache kann sich nur an dem, was im Raume existirt, gleichsam befestigen lassen. Soll aber unter diesem inneren Princip die übersinnliche Seite des menschlichen Wesens verstanden werden: so wird doch Niemand vermögen, daraus begreiflich zu machen, woher der Verstand sich einiger Erscheinungen des Menschen, als Objecte die nur in der Zeit und nicht im Raume existiren, anderer aber auch als räumlicher Objecte bewußt seyn kann. Das Vermögen durch Eindrücke Vorstellungen von Gegenständen zu erhalten, ist nach Hn. S. die Sinnlichkeit. Diese Erklärung scheint zu viel zu sagen. Denn empfinden, und die Empfindung auf eine Ursache zu beziehen, d. h. sich einen Gegenstand dadurch vorstellen, das ist zweyerley. Wenn in der Seelenlehre von der Sinnlichkeit und den anderen Zweigen des Erkenntnißvermögens gehandelt werden soll, so scheint dieser Psychologie auch obzuliegen, die Erkenntnißstücke genau von einander zu scheiden und zu bemerken, daß Empfindungen bloß subjective Bestimmungen sind, und auch in der Seele des Kindes als solche, ohne alles Bewußtseyn sowohl derselben, als der Gegenstände, die sie verursachen, anfänglich existiren, daß das Erkenntnißvermögen mit der Beziehung der Empfindungen auf Ursachen gleichsam wach zu werden anfängt, daß dann die Empfindungen von einander gesondert, und gleichartige Empfindungen auf einerley Ursachen bezogen zu werden anfangen. Befremdlich aber war es stets dem Rec. und ist es ihm noch, daß Logik und Erfahrungsseelenlehre an der Zergliederung des Erkenntnißvermögens einerley Inhalt erhalten. Die letzte Doctrin wird zur Philosophie gezählt. Kann sie nun ein anderes Geschäfte haben, als die Begriffe zu entwickeln, in welchen sich das

Erkenntnißvermögen zu erkennen giebt? Dieselbe Bestimmung hat aber die Logik. „Die Veränderungen, welche durch Objecte in den Sinnenwerkzeugen verursacht werden, heissen Empfindungen.“ Das sind eigentlich Impressionen. Aus Impressionen werden Sensationen. Von der Betastungsempfindung meint der Verf., daß ohne sie wir nicht einmal durch das Gesicht Vorstellungen von Erscheinungen erhalten würden, die wir ausser uns setzen, sondern alles würde in uns selbst zu liegen scheinen; das Gefühl lasse uns erst den Raum zwischen uns und dem Objecte bemerken. Dasselbe und nicht mit minderem Scheine könnte jemand von der Gesichtsempfindung behaupten wollen. Denn auch die Undurchdringlichkeit der Körper, die sich durch den Widerstand gegen den Druck der Hand zu erkennen giebt, beweiset diesen Vorzug der Betastungsempfindung noch nicht, weil auch die bloße Betastungsempfindung noch kein Bewußtseyn des Gegenstandes ist. Auch den Unterschied zwischen der Empfindung und dem Bewußtseyn der Empfindung scheint der Verf. zu wenig anzudeuten. So sagt er: „Die Erfahrung lehrt, daß das Gefühl bey solchen Menschen, denen das Gefühl oder Gehör fehlt, öfter stärker und fein unterscheidender ist, als ohne diesen Mangel. Denn das Empfindungsvermögen der Seele wird alsdann seine Richtung mehr dahin nehmen, wo die Eindrücke allein aufgenommen werden können, wodurch die Natur wohlthätig auf der einen Seite das wieder ersetzt, was auf der anderen fehlt.“ Richtiger ist aber wohl die Annahme eines besseren Unterscheidungsvermögens und ausgedehnteren Bewußtseyns der Empfindungen bey diesen Menschen, die des Empfindungsvermögens anderer Organe entbehren, als die Annahme

eines gröſseren Empfindungsvermögens desjenigen Organs, das ihnen geblieben ist. Rec. wundert sich, daſs Herr S. die bekannte Erzählung von dem von Cheselden operirten Blindgebornen, der das Instrument des Arztes für einen Theil seiner Hand gehalten, und als er gehen wollte, sich gefürchtet haben soll, allenthalben anzustoſsen, hier wieder so vorträgt. Es ist wohl nichts gewisser, als daſs ein solcher Mensch gleich anfänglich, da er der Gesichtsempfindung theilhaftig geworden, auch nicht einmal zu so irrigen Urtheilen aufgelegt seyn kann. Er muſs erst sehen lernen. Diese ihm neuen Empfindungen muſs er erst mit den Empfindungen anderer Organe zusammen halten, und er wird zu bemerken anfangen, daſs sie sich so wie diese zu Erkenntnisſstücken gebrauchen lassen. Mit taubgebornen Menschen, die der Gehörsempfindung theilhaftig werden, verhält es sich nicht anders. Die Lügenhaftigkeit der öffentlichen Nachrichten von solchen Menschen, die durch den Gebrauch der Voltaischen Säule das Gehör erhalten haben sollen, hätte man schon aus der Angabe abnehmen können, daſs sie die gelungene Operation durch die Wendung ihres Gesichts nach dem Orte eines Geräusches hin bewiesen haben. Vom innerern Sinn wird folgender Begriff gegeben: „So lange der Mensch Vorstellungen, Begierden und Gefühle hat, hat er auch Bewuſstseyn von sich selbst und von anderen Dingen, die ausser ihm im Raume sind. So wie nun diese durch äussere Sinne wahrgenommen werden, so wird der Zustand unseres eigenen Ich durch den inneren Sinn wahrgenommen. — Der innere Sinn besteht in einem bloſsen Selbstgefühle des gegenwärtigen Zustandes der Seele und der Veränderungen dieses Zustandes.“ Auch die Verschiedenheit des

Selbstbewußtseyns von der Affection des inneren Sinnes, wodurch dasselbe möglich ist, hätte, wie es scheint, bemerklicher gemacht werden müssen. Die Einbildungskraft wird vom Gedächtniß so unterschieden: „die erste ruft die gehabten Eindrücke wieder hervor, ohne daß wir uns gerade bewußt werden, zu welcher Zeit, an welchem Orte, unter welchen Umständen, wir einen solchen Eindruck ehedem gehabt haben. Kommt aber eine solche Erinnerung dazu, so ist dieses Wirkung des Gedächtnisses, eines Vermögens, welches nicht etwa nur dem Grade nach von der Phantasie verschieden, sondern eine Thätigkeit von ganz anderer Art ist. Die Phantasie kann ohne Erinnerungskraft thätig seyn, aber die letzte setzt immer schon die Mitwirkung der Phantasie voraus.“ Anschauung eines Gegenstandes unterscheiden Logiker und Psychologen von Begriffen, wodurch man ihn denkt. Das Vermögen, die erste zu produciren, nennt auch der Verf. die reproductive Einbildungskraft. Kann man denn anstehen, die Reproduction der Begriffe, wodurch wir ein Object dachten, und nun es wieder denken, dem Gedächtniß zuzuschreiben? Daß wir den Gegenstand denken, mithin vermittelst gewisser Begriffe uns seiner wieder erinneren müssen, wenn wir seine Anschauung reproduciren wollen, das ist von selbst klar. Aber daß wir es auch bey diesen Begriffen bewenden lassen können, und oft bewenden lassen müssen, daß also das Gedächtniß ohne alle Mitwirkung der Phantasie oft thätig ist, das ist nicht weniger gewiß. Vorstellungen assoeiiren sich (nach dem Verf.) entweder nach dem Gesetz der Gleichgültigkeit und Folge, oder nach dem Gesetz der Aehnlichkeit und Entgegensetzung. Diese vermeintlich verschiedenen Gesetze sind doch wirklich nur die eine

Regel: Zustände des Bewußtseyns, die in einer gewissen Folge vorhanden waren, reproduciren einander in dieser Folge. Denn daß die Aehnlichkeit eines Menschen mit einem anderen in einem Gesichtszuge, Gang, Stellung, Sprache, Sitten, uns an den anderen erinnert, kommt daher, weil mit dem Bewußtseyn dieser, beiden Menschen gemeinsamen Bestimmungen, zur anderen Zeit die Vorstellung der dem zweyten Menschen eigenen Bestimmungen verknüpft war. Zur Belehrung mehr geeignet dürfte die Unterscheidung gewesen seyn zwischen der bloß subjectiven Association der Vorstellungen, die sich in dem einen Kopf in einer gewissen Folge, in einem anderen in einer anderen Folge, obgleich nach einerley Gesetz reproduciren, und der objectiven Association, die, weil sie Vorstellungen reproducirt, die ein System zusammenfaßt, dieselben in gleicher Folge jedem erweckt, der die Wissenschaft besitzt, und auch der Willkühr mehr unterworfen ist. Mancherley Erscheinungen und Sonderbarkeiten in den Charakteren der Menschen sind nach dem Gesetz der Association der Vorstellungen erklärbar. Die Erklärungen des Verf. sind zutreffend, und gut gewählt sind die Beyspiele, womit er seine Gedanken erläutert. Das Träumen, das Schlafwandeln, die Schwärmerey und die Verrückung des Verstandes, sind zum Theil Wirkungen der Phantasie. Was von diesen Zuständen gesagt wird, ist belehrend und unterhaltend. Die Schwärmerey scheint der Verf. von der Verrückung bloß dem Grade nach zu unterscheiden. Daß der subjective Grund, der den Schwärmer an der Realität der Begriffe, für welche seine Einbildungskraft Bilder schafft, nicht zweifeln läßt, das Wohlgefallen an diesen Anschauungen der Einbildungskraft ist, das ist es wohl, was die Schwär-

Digitized by Google

merey charakterisirt. Schwärmerey, wie jeder Irrthum, ist noch mit dem gesunden Zustande des Menschen vereinbar. Aber an Anschauungen der Einbildungskraft das eigene Gemächsel dieses Vermögens übersehen, und sich das Bewußtseyn eines Gegenstandes andichten, indeß die auf ihn als Ursache fälschlich bezogenen Empfindungen bloß reproducirt worden, das ist die Sache des Verrückten, und sie ist eine Krankheit. „Man muß die Schwärmerey wohl von dem Enthusiasmus unterscheiden.“ Trifft der Begriff zu, den Rec. von der Schwärmerey aufstellt, so wird man auch den Enthusiasm darunter begreifen müssen. Die Idee des sittlich Guten belebt freylich den Enthusiast. Aber Bilder der Einbildungskraft sind doch die Ursachen des Affects, der ihn die Thorheiten zu sehen verhindert, die er begeht. „Das höhere Erkenntnißvermögen oder die Denkkraft ist nur ein Eigenthum des Menschen. Daher haben Thiere, soweit wir ihre Vorstellungsfähigkeit aus Erfahrung kennen, nur Vorstellungsfähigkeit von einzelnen Dingen, nie aber allgemeine Begriffe.“ Bewußtseyn ist wohl die Eigenthümlichkeit des Menschen, die ihn von der unvernünftigen Thierheit scheidet. Man kann schwerlich anders als in Urtheilen nach der Analogie von Thieren sagen, daß sie sich eines Gegenstandes bewußt sind. Auch der Anschauung (in der Bedeutung des Worts, die vom Menschen gilt, als unmittelbares, nicht durch Begriffe gehaltenes, Bewußtseyn des Gegenstandes) ist das Thier gewiß nicht fähig. Da Anschauungen mehr sind als bloße Empfindungen, und in der empirischen Anschauung wir uns eines Gegenstandes durch Beziehung der Empfindungen auf ihre Ursachen bewußt sind: so hat das höhere Erkenntnißvermögen auch an den An-

Digitized by Google

schauungen Theil, und es ist nicht richtig, wenn Anschauungen der bloßen Sinnlichkeit zugeschrieben werden. Die Vorstellungsfähigkeit von Dingen durch allgemeine Begriffe charakterisirt das höhere Erkenntnißvermögen keinesweges, weil jeder Begriff eine Regel ist, die, indem sie dem Verstande dient, einen Gegenstand zu erkennen, viele Gegenstände unter sich begreifen kann. „Der Verstand bildet aus Vergleichung einzelner Vorstellungen allgemeine Begriffe, indem er die einzelnen Merkmale oder Eigenschaften, welche vielen einzelnen Dingen zukommen, abstrahirt und zusammenfaßt, woraus die Vorstellung von dem Eigenthümlichen einer ganzen Gattung oder Art von Dingen entsteht.“ Daß der Reflexion ihr Geschäft, Begriffe für die Objecte der Anschauungen zu finden, sehr erleichtert wird, wenn ihr mehrere Anschauungen vorkommen, die bey allem Verschiedenartigen, auch einerley Bestimmungen haben, das hat seine Richtigkeit. Aber auch ohne Zusammenstellung einer Anschauung mit anderen Anschauungen, erwirbt der Verstand aus einzelnen Anschauungen Begriffe. Der Abhandlung über das höhere Erkenntnißvermögen verbreitet sich auch über Sprache und Schrift. Die Eintheilung der Zeichen der Gedanken in allgemeine, besondere und einzelne Zeichen wird erwähnt, und verschiedene Arten natürlicher und willkührlicher Zeichen werden aufgeführt. Die Unterscheidung der symbolischen Zeichen von Charakterismen hätte wohl eine Stelle verdient. Aber der Verf. nennt, wie viele Andere, die Kenntniß durch Worte oder andere Zeichen die symbolische, und setzt sie der intuitiven entgegen, welches unrichtig zu seyn scheint, weil man ein Object auch denken kann, ohne den Begriff an ein Zeichen zu knüpfen. Die Vorzüge

der Wortsprache vor jeder anderen Bezeichnungsart werden entwickelt, und der Nutzen der Sprache in dreyerley Rücksicht wird erwogen, als Hülfsmittel für das Gedächtniß, als Bildungsmittel für die Vernunft und als Vereinigungsmittel für die menschliche Gesellschaft. Auch die Idee einer allgemeinen oder philosophischen Sprachlehre, ihr Zweck, und die Vollkommenheiten einer Sprache, die der Zweck der Sprache erkennen läßt, werden entwickelt. Schriftzüge sind Zeichen von Zeichen. Der Verf. gedenkt der Pasigraphie und er räumt dem bekannten Vorschlage des Herrn Wolke vor anderen Vorschlägen den Vorzug ein. Aber auch sichtbare (stehende und bewegliche) Zeichen als unmittelbare Charakterismen der Gedanken sind doch allem Ansehen nach, sowohl in Hinsicht ihrer Biegung, als der Construction, zum Zweck der Sprache so geeignet, als es hörbare Zeichen seyn können. Die Vermögen: Scharfsinn, Witz, Vorhersehungsvermögen und Genie stellt der Verf. zum Schlusse des Abschnitts vom höheren Erkenntnißvermögen zusammen. Auch ihm, wie vielen Anderen, ist der Scharfsinn das Vermögen, die Verschiedenheiten der Dinge und der Vorstellungen davon zu entdecken, der Witz, das Vermögen, die Aehnlichkeit der Dinge zu entdecken. Wer aber, wenn gleich ganz von selbst, der Eigenschaften sich bewußt wird, worin zwey Pflanzen, Thiere oder andere Dinge zusammenstimmen, ist noch kein witziger Kopf, und selbst der Erwerb eines Begriffs auf diesem Wege ist nicht Witz. Der Verf. unterscheidet sechs Classen von Gefühlen der Lust und Unlust, nach den Quellen, woraus sie entspringen: Gefühle der Sinnlichkeit, die aus gewissen Zuständen des Körpers entstehen, Gefühle der Einbildungskraft, Mitgefühl, ästhe-

Digitized by Google

tische, intellectuelle, moralische Gefühle. Eben dieser Eintheilungsgrund scheint aber nur auf zwey Classen zu führen: Gefühle, an deren Verursachung das Erkenntnißvermögen keinen Theil hat (das Gefühl des Angenehmen und Unangenehmen, oder sinnliche Lust und Unlust), und Gefühle, die von Aeusserungen des Erkenntnißvermögens abhängen. Zu diesen letzten gehören das Wohlgefallen und Mißfallen am Schönen und Häßlichen, das Gefühl des Erhabenen, das Wohlgefallen an Vollkommenheit, die Billigung und Mißbilligung des physisch- und moralisch-Guten und Bösen. Aus dem Abschnitt vom Begehrungsvermögen bemerkt Rec. nur die Eintheilung der Leidenschaften und Asserten.

2) Aesthetik. Die Einleitung nennt die Geschmackslehre eine Philosophie des Schönen. Diese Benennung will den Zweck dieser Lehre bezeichnen: die Natur des Wohlgefallens am Schönen und Erhabenen zu untersuchen, die Merkmale anzugeben, wodurch sich dasselbe von allen anderen Arten des Lustgefühls unterscheidet, und zu zeigen, welche Gemüthskräfte bey dem Genusse des Schönen thätig, und auf welche Art und Weise sie dabey beschäftigt sind. „Die Geschmackslehre, sagt der Verf. mit Kant, ist keine eigentliche Wissenschaft des Schönen.“ Anschauungen auf Begriffe bringen und zwar nach Grundsätzen, wie dieses die Beweise der mathematischen Lehrsätze thun, so geht es freylich in der Aesthetik nicht her. Wenn aber Herr S. sagt, daß die Aesthetik für das Geschmacksvermögen das nicht sey, was die Logik für das Denkvermögen ist: so scheint dieser Meinung entgegen zu seyn, daß auch die letzte Wissenschaft bloß den Verstand mit seinen Gesetzen eben so, wie die Aesthetik die bloße ästhetische Ur-

Digitized by Google

theilskraft, zum Objecte hat, und beide Lehren von den Gegenständen, an welchen sich diese Vermögen offenbaren, nichts zu erkennen geben. Der Verf. vertheilt die Materien, die er abhandelt, in vier Abschnitte. Er handelt darin von der Schönheit, vom Großen und Erhabenen, dem Rührenden und Lächerlichen, von den schönen Künsten, und endlich von dem Geschmack und dem Kunstgenie.

Was durch seine Form gefällt, das ist schön. Angenehm ist dasjenige, was durch seine Materie gefällt. Daß bloß an Gehörs- und Gesichts-Gegenständen das Schöne wahrzunehmen sey, behauptet der Verf. Aber das Wohlgefallen des Blinden an der Regelmäßigkeit äusserer Gegenstände, die sich ihm vermittelst der Betastungsempfindungen zu erkennen giebt, ist doch keine andere Lust, als die an der Schönheit des Gegenstandes. „An diesen Gegenständen, in sofern sie eigentlich schon zu nennen sind, erscheint das Mannichfaltige des Stoffs auf eine so regelmäßige, zusammenstimmende und wohlgeordnete Art verbunden, daß dasselbe leicht aufgefaßt und als ein Ganzes vorgestellt werden kann; oder mit anderen Worten: nur diejenigen Formen des Sichtbaren und Hörbaren gefallen unmittelbar durch sich selbst, die eine leicht zu fassende Einheit (Regelmäßigkeit, Ordnung, Symmetrie, Harmonie) im Mannichfaltigen wahrzunehmen geben.“ Schwerlich ist dem Verf. einzuräumen, daß es nothwendig der Begriff von einem Ganzen oder einer Einheit ist, den aus der Anschauung zu finden, dem Verstande leicht gelingt, was dem Gegenstande Schönheit giebt. Die leichte Auffassung irgend einer Regel begleitet ein Wohlgefallen. Der Verf. erläutert seine Mei-

nung an Beyspielen, und zuerst an der geraden, und an der nach einem Gesetz gekrümmten Linie. Schon die erste, sagt er, hat einige Schönheit, insofern sie Einheit der Richtung zeigt. Aber nicht Einheit, sondern Einerleyheit der Richtung ist die Regel, die ihre Anschauung leicht auffassen läßt und dadurch gefällt. Kant's Behauptung von dem Wohlgefallen am Schönen, daß es uninteressirt sey, trägt auch der Verf. vor. Eine Lust ohne alle Bestimmung des Begehrungsvermögens ist aber nichts Anderes als ein Widerspruch. Auf die Lust ist das Begehrungsvermögen jederzeit unmittelbar gerichtet, und auf Objecte, die von der Lust verschieden sind, nur um der Lust willen, die man von ihnen erwartet. Was die Allgemeingültigkeit der ästhetischen Urtheile betrifft, so ist die Schönheit doch wirklich eine Beschaffenheit des Gegenstandes, nämlich die Tauglichkeit der Anschauung für den Verstand, der mit Leichtigkeit sich einer Regel davon bewußt werden kann, das Object zu denken. Die vorausgesetzte Bestimmung eines Anderen ist also die Voraussetzung, daß er den Gegenstand so finden werde, wie wir ihn finden. Die anhangende Schönheit nennt der Verf. eine gemischte oder zusammengesetzte Schönheit. Sieht man auf die Lust, welche die Betrachtung einer anhängenden Schönheit gewährt, so ist dieselbe aus dem Wohlgefallen an der Zweckmäßigkeit des Objects und aus dem an seiner Schönheit zusammengesetzt. Diese Lust ist freylich zusammengesetzt; aber die anhängende Schönheit ist es nicht. Auch die mit dem Gefühl des Angenehmen vereinigte Schönheit nennt der Verf. eben so unrichtig eine zusammengesetzte Schönheit. Das Anmuthige erklärt er für diejenige Gattung der gemischten Schönheit, die das

Gemüth nicht stark afficirt, nicht durch lebhafte Eindrücke überrascht und in Verwunderung setzt. Rec. würde lieber sagen: Reize, die dem Wohlgefallen an der Schönheit des Gegenstandes keinen Abbruch thun, machen ihn anmuthig. Den Grund des Wohlgefallens am mathematisch-Erhabenen stellt der Verf. so vor. Das Bewußtseyn des die Fassungskraft übersteigenden unermeßlichen Gegenstandes schlägt nieder. Je unangenehmer und demüthigender dieses Gefühl ist, desto größer ist die Lust, die aus der Thätigkeit des Verstandes dabey hervorgeht, der aus sich selbst eine Idee schöpft, die ihm den Gegenstand als ein Ganzes vorstellt, z. B. wenn er die unermeßliche Welt als Inbegriff alles Geschaffenen denkt. Diese Exposition ist schwerlich für getroffen zu halten. Die Rührung, welche das Gemüth in der Betrachtung eines Naturobjects, das die Vorstellung des Unermeßlichen herbeyruft, erfährt, kömmt allem Ansehen nach ihm aus den dadurch erweckten Ideen von einer anderen Welt und einer höheren Bestimmung des Menschen. Die Bewegung des moralischen Gefühls beweist am klärsten die Wirksamkeit dieser Ideen in diesen Contemplationen. Das dynamisch-Große ist nach dem Verf. entweder physisch groß oder moralisch groß. Hiernach unterscheidet er zwischen dem physisch-Erhabenen und dem moralisch-Erhabenen. Zu diesen Arten des dynamisch-Erhabenen kömmt noch das praktisch-Erhabene. Objecte, an welchen eine gewisse intensive Größe (z. B. die große Weisheit und Zweckmäßigkeit in der organisirten Natur) die Idee der übersinnlichen Welt erweckt, sind nach dem Verf. dynamisch erhaben. Sonach würden auch bloße Naturschönheiten dynamisch erhabene Gegenstände seyn, weil auch sie diese Reflexion oft veran-

Digitized by Google

lassen. Fehler gegen das Große und Erhabene sind das falsche Erhabene, das Platte, das Niedrige und Kriechende. Mit dem Großen und Erhabenen nahe verwandte Gefühle sind die Bewunderung, die Achtung und Ehrfurcht, und das Gefühl des Feyerlichen. Rührung ist die Erweckung ernsthafter Gefühle nebst deren Wirkungen auf das Begehrungsvermögen.

Die Erklärung des Lächerlichen führt den Verf. auf den Begriff des Witzes. „Wir besitzen das Vermögen, sowohl die versteckteren Uebereinstimmungen und Aehnlichkeiten sonst verschiedener und unähnlicher Dinge, als auch die verstockteren und feineren Abweichungen und Verschiedenheiten sonst ähnlicher Objecte zu bemerken. Dieses Vermögen heißt Witz, insofern es sich im Gebiete des Empirischen, Concreten und Sinnlichen äussert; Scharfsinn aber, insofern es sich mit Gegenständen des höheren, abstracteren Denkens beschäftiget.“ Diese Erklärung weicht von der gewöhnlichen, die der Verf. der Erfahrungsseelenlehre giebt, sehr ab, und sie scheint von dem zu erklärenden Begriff sich noch mehr zu entfernen. „Die Wahrnehmung des Lächerlichen ist eine von den Aeusserungen des Witzes.“ In der Wahrnehmung des Lächerlichen besteht wohl keine Aeusserung des Witzes, sondern manche Vorstellungsart des Lächerlichen geschieht mit Witz und vergrößert den Eindruck des Lächerlichen; es müßte sonst auch derjenige witzig heissen, der einen Witz vernimmte Der Verf. unterscheidet das edele Komische vom Niedrigkomischen, nach den Subjecten, die das Lächerliche wahrnehmen können. „Der Witz eines Menschen von gebildetem Geist und Herzen kann unmöglich

durch eben die Dinge beluſtigt werden, worüber die rohe Menge in Lachen ausbricht.“ Viel Niedrigkomiſches iſt aber gewiß der rohen Menge unvernehmbar, und iſt nur für gebildete Geiſtesvermögen berechnet. Die Abhandlung von den ſchönen Künſten leitet der Verf. mit der Unterſcheidung und einer Betrachtung der Künſte überhaupt ein, die in mechaniſche, angenehme und ſchöne Künſte eingetheilt werden. Ein ſchönes Kunſtproduct gefällt unmittelbar in der bloßen Intuition, entweder vermöge ſeiner bloßen Form, oder als nachahmende Darſtellung von Naturſchönheit, oder als getreue Darſtellung von Dingen, die in der Natur keine eigentliche Schönheit haben, oder endlich als ſinnliche Darſtellung des Unſinnlichen und Ueberſinnlichen. Als allgemeine Eigenſchaften ſchöner Kunſtwerke werden unter anderen auch äſthetiſche Wahrheit und Wahrſcheinlichkeit genannt, welche der Verf. mit anderen Aeſthetikern von der intellectuellen Wahrheit unterſcheidet. Sie beſteht, ſagt er, darin, daß der Künſtler ſeine Objecte ſo anzuſchauen giebt, daß ſie die Einbildungskraft leicht nach Verſtandesgeſetzen vorſtellen kann. Rec. hält es nicht für ſchwer zu zeigen, daß alle äſthetiſche Wahrheit nach dieſem Begriff Schönheit, und alle Schönheit an Kunſtproducten äſthetiſche Wahrheit iſt, und dieſe Worte einen und denſelben Begriff bezeichnen. Es giebt, glaubt Rec., nur eine Wahrheit und jene Unterſcheidung iſt unzuläſſig; aber der Vortrag eines wahren Urtheils kann ſchön ſeyn. Nach den Mitteln, deren ſich die ſchönen Künſte bedienen, um auf die äuſſere und innere Sinnlichkeit zu wirken, theilt ſie der Verf. ein. Die natürlichen Darſtellungsmittel der ſchönen Künſte ſind theils hörbar, theils ſichtbar. Die letzten beſtehen entweder in

Digitized by Google

Bewegungen, oder in bleibenden Formen und Gestalten. Schöne Künste, die sich der natürlichen Darstellungsmittel bedienen, sind die Musik, die Mimik, die gemeine Tanzkunst, die höhere Tanzkunst, die Zeichnungskunst und Mahlerey, die Bildhauerkunst, die schöne Baukunst, und die schöne Gartenkunst. Willkührliche Darstellungsmittel sind Buchstabenschrift und Worte; und die sogenannten redenden Künste, Beredsamkeit und Dichtkunst, sind die schönen Künste, die von diesen Darstellungsmitteln Gebrauch machen. Gegen diese Eintheilung und diesen Eintheilungsgrund erinnert Rec., daß die von dem Verf. genannten willkührlichen Darstellungsmittel kaum so zu nennen sind. Von der Willkühr des Künstlers hängen sie nicht ab. Die Sprache, welcher er sich bedient, ist ohne ihn vorhanden. Für den Dichter und für den Redner gelten die Gesetze: diese Künstler sollen sich zum Idealischen erheben, und sie sollen in allen ihren Darstellungen sich der Natürlichkeit befleißigen. Zwischen der schönen Rede und dem Gedicht unterscheidet der Verfasser, wie Kant's Kritik der Urtheilskraft. Was von der verschönernden Beredsamkeit gesagt wird, ist vortreflich. Der historische und didaktische Stil sind die vornehmsten Gattungen der durch Beredsamkeit verschönerten Wohlredenheit. Treflich findet Rec. die Abhandlung über Poesie. Eine ausführlichere Entwickelung des Vermögens, das Schöne zu beurtheilen, und des Kunstgenies beschließt diese Aesthetik. Die Sorgfalt des Verf. seine Urtheile mit Stellen aus den Werken der größten Dichter alter und neuer Zeit zu erläutern, und seine Arbeit dadurch belehrender zu machen, verdient noch bemerkt und gelobt zu werden.

Digitized by Google

3) Logik. „Die allgemeinen Regeln des Denkens werden in der allgemeinen Logik vorgetragen, und diese ist allein der Gegenstand des gegenwärtigen Werkchens.“ Die Einleitung theilt die allgemeine Logik in die reine allgemeine und in die angewandte allgemeine Logik ein. Diese Eintheilung wählt der Verf. für seine Abhandlung. „Die reine allgemeine Logik handelt von den Gesetzen des höheren Erkenntnißvermögens, oder von denen des Verstandes im engeren Sinne, der Urtheilskraft und der Vernunft im engeren Sinne. Die angewandte allgemeine Logik lehrt die Anwendung der allgemeinen formellen Regeln bey den vielen Einschränkungen, welchen der menschliche Verstand von Natur unterworfen ist.“ Den Verstand im engeren Sinne bestimmt der Verf. als das Vermögen, allgemeine Begriffe zu bilden. Daß wir mit so mancherley Regeln versehen sind, deren wir uns zur Erkenntniß der Objecte bedienen können, das allein ist es, was den Verstand im engeren Sinne, der Meinung des Rec. nach, charakterisirt. Aber die Erwerbung der Begriffe ist ein Geschäft der Urtheilskraft und nicht des Verstandes. Der Verf. bedient sich stets des Ausdrucks: allgemeine Begriffe, ob er gleich selbst die Eintheilung der Begriffe in allgemeine, besondere und einzelne Begriffe für falsch erklärt. Er will aber alle Begriffe, ihrer Bildung wegen, allgemeine Begriffe heissen, weil der Verstand, wie er meint, Begriffe erwirbt, indem er das Gemeinschaftliche mehrerer Objecte absondert. Rec. hat schon erinnert, daß auch aus einzelnen Anschauungen sich Regeln absondern lassen, von welchen es ungewiß seyn kann, ob noch mehrere Objecte vorhanden sind, die unter ihnen stehen. Gemachte Begriffe, und gar solche die

eer sind, sind doch Begriffe, ob sie gleich auf die erwähnte Art nicht erworben werden. Vorstellungen, die sich nur auf ein einzelnes Object beziehen, sagt der Verf., können eigentlich keine Begriffe genannt werden. Er meint Anschauungen, die er den Begriffen entgegensetzt. Aber nicht den Begriffen (die auch ohne alle Anwendung bestehen), sondern ihrem Gebrauch, d. i. dem Bewußtseyn der Gegenstände vermittelst derselben, sind die Anschauungen entgegen zu setzen. „Ein Begriff kann entweder deutlich oder undeutlich, im letzten Fall klar oder verworren seyn.“ Nach des Rec. Dafürhalten kann nur die Quelle verworren seyn, aus welcher dem Verstand ein Begriff entspringt, z. B. das Mannichfaltige einer Anschauung, oder ein Vortrag kann verworren seyn, und diese Verworrenheit ist der Grund von dunkeln Begriffen, welche (und nicht die verworrenen) den klaren und deutlichen entgegen zu setzen sind. Diese Lehre vom Verstande in der engeren Bedeutung handelt auch von der Definition. Rec. würde diese, und auch die Eintheilung der Begriffe, die in der Lehre von der Urtheilskraft vorgetragen wird, in die angewandte Logik hinweisen. Denn diese Behandlung der Begriffe legt es auf Erkenntnisse und Erweiterung unserer Erkenntnisse an, und auch „von dem rechten Gebrauch der Erweiterungsmittel unserer Erkenntniß“ soll die angewandte Logik handeln. Die Urtheilskraft stellt der Verf. als ein Vermögen, zwey Begriffe, oder zwey Anschauungen, oder einen Begriff und eine Anschauung mit einander zu vergleichen vor, „wodurch sich zeigt, sagt er, ob dieselben mit einander verbunden werden können oder nicht.“ Aber auch derjenige urtheilt, der aus einer ihm zugekommenen Anschauung einen Begriff

erwirbt, und den Gegenstand durch diesen Begriff denkt, und stellt doch keine Vergleichung an. Die Erklärung, die der Verf. von einem Urtheil giebt, soll zugleich den Unterschied zwischen bejahenden und verneinenden Urtheilen aussagen. Auch sieht man daraus, daß der Verf. alle Urtheile für kategorische erklärt. Wie die Verneinung die copula afficiren könne, so gewöhnlich diese Vorstellung auch unseres Verf. von verneinenden Urtheilen ist, davon hat Rec. keinen Begriff. Auch der Verf. läßt das hypothetische Urtheil aus zwey kategorischen bestehen. Es ist also auch nach ihm eigentlich ein zusammengesetztes Urtheil. Aber das Urtheil: wenn a ist, so ist b, enthält die Urtheile nicht: a ist, und b ist, und diese Vorstellungsart ist fürwahr falsch. Der Begriff des disjunctiven Urtheils führt den Verf. auf die Lehre der Eintheilung der Begriffe. Die reale Eintheilung, die (wie die Sacherklärung) unter einem Princip geschieht, das die Realität der Eintheilungsglieder erkennen läßt, hätte nicht übergangen werden sollen. „Wenn man bey einem Urtheile nicht auf seinen Inhalt siehet, sondern auf die Art, wie es gedacht wird: so findet man, daß der Grad der Gewißheit, mit welchem ein Subject und Prädicat verbunden ist, sehr verschieden ist.“ Es ist aber doch klar, daß auch hypothetische und disjunctive Urtheile, problematisch, assertorisch und apodiktisch seyn können. Auch sind diese Urtheile der Modalität specifisch, und nicht dem bloßen Grade der Gewißheit nach verschieden. Der Verf. trägt hier auch die Eintheilung der Sätze in theoretische und praktische vor. Kunstvorschriften eben sowohl, als moralische Lehren, sind ihm praktische Sätze. Sie sind nach ihm Vorschriften für den Willen, um etwas wirklich zu ma-

Digitized by Google

chen. Eigentlich sagen sie doch bloß die Realität gewisser Begriffe aus, und haben mit dem Willen nichts zu schaffen. Auch von der Hypothese wird in diesem Abschnitt von den Urtheilen gehandelt, und das befremdet den Rec. Denn die Hypothese ist ein Princip, das, obgleich nur als vorläufiges Urtheil, doch von der Vernunft gebildet wird, um unter dessen Leitung Entdeckungen zu machen, die sie beabsichtigt. Sie gehört also entweder in die Lehre von der Vernunft, oder auch in die angewandte Logik, sofern diese, wie der Verf. sagt, von den Erweiterungsmitteln unserer Erkenntniß handelt. Der Abschnitt von den Vernunftschlüssen trägt die bekannten Regeln des kategorischen, hypothetischen und disjunctiven Vernunftschlusses sehr deutlich vor. Aber die Entwickelung der Vernunft, als Vermögen der Principien, das selbst findet und Anderen nicht bloß nachurtheilt, ist übergangen worden. Die Schlüsse aus Induction und nach der Analogie stellt der Verf. als Schlußarten vor, worin aus einzelnen Fällen etwas Allgemeines gefolgert wird. Rec. hält diese gewöhnliche Vorstellungsart nicht für richtig. Die Grundsätze dieser Schlüsse sind nicht vollständige Erkenntnißgründe, und diese Schlußarten sind den Schlüssen nach vollständigen Erkenntnißgründen entgegenzusetzen. Die angewandte Logik handelt von den verschiedenen Graden des Fürwahrhaltens, von den Beweisen, von den Ursachen der Irrthümer und den Mitteln dagegen, von Beobachtungen und Versuchen, von der Prüfung der Zeugnisse, von Benutzung des schriftlichen und mündlichen Unterrichts zur Erweiterung der Erkenntniß, und sie beschließt mit einigen Regeln, die bey der Mittheilung eigener Gedanken zu beobachten sind. „Meynen ist ein

Fürwahrhalten aus Gründen, die weder objectiv noch subjectiv hinreichend sind.“ Eigentlich wohl vorläufige Urtheile, die man faßt, um auf einem gewissen Wege eine Untersuchung anzustellen, sind Meinungen. Auch die von dem Verf. angenommene Kantische Erklärung des Glaubens, scheint diesem Begriff nicht ganz zu entsprechen. „Glaube ist ein Fürwahrhalten nicht aus objectiven, sondern aus subjectiven Gründen, die hinlänglich für uns sind, uns von der Sache gewiß zu machen.“ Daß aus subjectiven Gründen sich die Menschen oft überreden, daß sie etwas glauben, auch wohl daß sie etwas wissen, das lehrt die Erfahrung. Aber der vernünftige Glaube hängt doch bloß von objectiven Gründen ab. Diesem Glauben geht die Erkenntniß der Wahrscheinlichkeit vorher. „Einen Satz aus objectiven Gründen hinlänglich darthun, heißt denselben beweisen.“ Die Beweisführung ist wohl vom Beweise zu unterscheiden. Der letzte ist das einem Andern durch Erkenntnißgründe hervorgebrachte Bewußtseyn der Wahrheit eines Urtheils. Diesen Effect beabsichtigt die Beweisführung, und oft leistet sie ihn nicht. Objective Gründe nennt der Verf. auch Vernunftgründe. Diese Vernunftgründe, sagt er, können auch aus der Erfahrung hergenommen seyn, in welchem Fall der Beweis a posteriori geführt heißt. „Ein Beweis a priori wird aus bloßen Vernunftgründen geführt.“ Der Verf. erklärt den progressiven und regressiven Beweis, den directen und indirecten Beweis. Die Angabe des regressiven Beweises ist etwas unvollständig, und diese analytische Methode, nach welcher Wissenschaften auch objectiv erweitert werden, verdient von der Logik ausführlicher entwickelt zu werden. Sehr belehrend ist der Abschnitt von Irrthümern und

Digitized by Google

Vermeidung derselben. Irrthümer werden durch sinnlichen Schein, durch eine zu große Stärke oder eine verkehrte Richtung der Einbildungskraft, durch das Gedächtniß, durch Mangel der Aufmerksamkeit, durch Neigungen und Leidenschaften, durch die Sprache, und endlich durch Vorurtheile veranlaßt. „Beobachtungen sind Wahrnehmungen von solchen Erscheinungen, die ohne Veranlassung von unserer Seite, und ohne eine Veränderung mit der Sache vorzunehmen, sich von selbst darbieten. — Versuche sind Wahrnehmungen, die in der Absicht angestellt werden, um die Natur gewisser Gegenstände genauer kennen zu lernen. Wir lassen die Gegenstände nicht wie sie sind, wenn wir Versuche anstellen, sondern verändern sie nach Willkühr, bringen sie in eine andere Lage, zertheilen sie, lösen sie auf, oder nehmen sonst etwas mit ihnen vor.“ Versuche sind, dünkt dem Rec., das Werk der Vernunft. Sie geschehen stets unter einer Hypothese. Denn die bloße Veränderung der Verhältnisse eines Dinges, um zu sehen, welche Eigenschaften es unter neuen Verhältnissen offenbaren werde, läßt diese Betrachtung noch bloße Beobachtung seyn. In dem Abschnitt von der Prüfung der Zeugnisse zeigt der Verf. vortreflich, von welchen Gegenständen historische Kenntnisse möglich sind, und für welche Dinge diese Erkenntnißart nicht geeignet ist. Ausführlich und gründlich sind die Regeln der historischen Erkenntniß vorgetragen. Eben so treflich sind die Vorschriften für die Benutzung des schriftlichen und mündlichen Unterrichts. Einige Bemerkungen über diesen Vortrag beschließen diese Logik.

4) Metaphysik. Rec. hat diese wohlausgearbeitete Lehre der kritischen Philosophie mit Vergnügen gelesen.

Digitized by Google

Die Metaphysik besteht aus einer Ontologie, rationalen Kosmologie, rationalen Psychologie, und aus einer rationalen Theologie. „Die Ontologie, oder die Lehre von den Dingen überhaupt, heißt auch Transcendalphilosophie, insofern sie sich mit den durch die Natur des menschlichen Erkenntnißvermögens gegebenen reinen Vorstellungen beschäftigt, durch deren Anwendung auf empirische Objecte, oder auf Anschauungen, Erfahrungserkenntnisse entstehen.“ Hier wird von den Bestimmungen des Dinges überhaupt, von der durchgängigen Bestimmtheit eines jeden Dinges in Ansehung aller möglichen Prädicate, von wesentlichen Bestimmungen und wesentlichen und zufälligen Eigenschaften eines Dinges, von Einerleyheit und Verschiedenheit der Dinge, vom Aeußern und Innern an einem Dinge und von Materie und Form der Dinge gehandelt. Die Empfänglichkeit für Eindrücke von äusseren und von inneren Objecten, und das Vermögen, diese Veränderung wahrzunehmen, heißt die Sinnlichkeit, und „Wahrnehmungen der inneren Sinnlichkeit heissen innere, Wahrnehmungen durch die äusseren Sinne heissen äussere Anschauungen.“ Aber sowohl der gemeine, als der wissenschaftliche Sprachgebrauch versteht unter Anschauung mehr als das Bewußtseyn der Empfindung (Wahrnehmung). Das Bewußtseyn eines Gegenstandes, auf den die Empfindung bezogen wird, ist in der Anschauung begriffen. In der Entwickelung der reinen Anschauungsformen (Raum und Zeit), und der Kategorieen, geht der Verf. den Weg der Kritik der reinen Vernunft. Weil es uns unmöglich ist, sagt der Verf., die Raumvorstellung von den Vorstellungen äusserer Dinge zu trennen, so muß jene Vorstellung ihren Grund in der Natur

und der inneren Einrichtung des sinnlichen Vorstellungsvermögens haben. Ein Gleiches wird von der Zeitvorstellung gesagt. Ist es aber nicht zweckmäßiger, denjenigen, den wir auf die Erkenntnißbedingungen des Erkenntnißvermögens aufmerksam machen wollen, das Bewußtseyn eines Gegenstandes ausser ihm und in ihm zu analysiren? Dasselbe enthält Empfindungen und Beziehung der Empfindungen auf Ursachen. Raum und Zeit sind Vorstellungsarten der Ursachen unserer Empfindungen. In die Begriffe dieser Ursachen kommen sie nicht; kein Mensch denkt, daß Raum und Zeit ihm Empfindungen geben. Bloß auf diesem Wege läßt sich, glaubt Rec., der Unterschied von empirischen und reinen Begriffen klar machen. Was als Ursache bestimmter Empfindungen gedacht wird, davon hat man einen empirischen Begriff: Regeln der Gegenstände dagegen, die uns nur Formen ihres Bewußtseyns denken lassen, sind reine Begriffe. Als Begriffe sind Raum und Zeit reine Begriffe; als unmittelbares Bewußtseyn ihrer Gegenstände, sind sie reine Anschauungen. „Bloß insofern die Dinge von uns durch das Medium unserer Sinnlichkeit, der ursprünglichen Einrichtung derselben gemäß vorgestellt werden, also bloß als Erscheinungen, erkennen wir die Dinge; wie die unser Gemüth afficirenden Dinge an sich beschaffen seyn mögen, das wissen wir schlechterdings nicht.“ Zwar nennt auch die Kritik der reinen Vernunft das Urtheil ungereimt: Erscheinungen sind ohne etwas, das da erscheint; aber daß die Dinge an sich uns afficiren, das sagt sie doch an keiner Stelle. Die Frage: ob nicht die Dinge an sich wirklich im Raum und Zeit existiren, verneinet der Verf. Wenn aber die Dinge an sich als Ursachen unserer Empfindungen

gedacht werden, indeß der Begriff von Causalität zu den Erkenntnißbedingungen des Erkenntnißvermögens eben sowohl wie Raum und Zeit gezählt wird: so ist schwerlich zu begreifen, warum nicht auch diese Begriffe auf die Dinge an sich bezogen werden dürfen. Zwischen Dingen an sich und Erscheinungen unterscheidet man wirklich nicht mehr, wenn man sie durch das Causalverhältniß zu unterscheiden meint. Der Verf. bemerkt noch, daß es ausser dem Raum und der Zeit keine anderen reinen Formen der Sinnlichkeit gebe, und daß z. B. der Begriff der Bewegung nicht durch die wesentliche Einrichtung des Vorstellungsvermögens gegeben, sondern ein Erfahrungsbegriff sey. Aber (bemerkt Rec.) dieser Begriff besteht doch aus lauter Bestandtheilen a priori. Auch bestätigt diesen Ursprung desselben die reine Mechanik, die keine Erfahrungsurtheile, so wenig wie die Geometrie enthält, welche letzte Wissenschaft Kant und der Verf. als Bestätigungsgrund der Wahrheit ihrer Deduction der Raumvorstellung anführen. Den Begriff von Materie, als dem Beweglichen im Raum, sofern man in ihm nur die äussere Ursache der Empfindungen überhaupt, und nicht die Ursache besonderer Empfindungen denkt, mit welchem Grunde kann man diesen Begriff zu den Erfahrungsbegriffen zählen? Den nichtempirischen Ursprung der Kategorieen darzuthun, beruft sich der Verf. auf die Allgemeinheit und Nothwendigkeit, die diese Begriffe stets mit sich führen. Wie man bey Begriffen von diesen Kriterien Gebrauch machen können, ist dem Rec. unbegreiflich. Kategorische Urtheile können allgemein seyn, und was man aus Principien weiß, das ist apodiktisch gewiß, d. h. ihm kommt Nothwendigkeit zu. Die Anwendung dieser Prädicate auf Begriffe

ist dem Rec. unverständlich. Der Verf. scheint sich darüber verständlich machen zu wollen. Er spricht von dem reinen Ursprunge des Begrifs Ursache. „Daß er diesen und nicht einen bloß empirischen Ursprung habe, weiß ich daraus, weil er mir zu allem meinem Denken und Erkennen so unentbehrlich, so durchaus nothwendig ist; denn was nicht bloß wirklich, sondern nothwendig ist, das kann mir nicht anders, als durch unmittelbares Bewußtseyn, durch ein Factum in meinem Inneren bekannt werden.“ Diese Vorstellung von Unentbehrlichkeit des Begriffs Ursache ist unentwickelt, und scheint sehr unbestimmt zu seyn. Allem Ansehen nach zweckmäßiger wäre die Bemerkung gewesen, wie die Erfahrung Beziehung der Empfindungen auf Ursachen enthält, und wie das erste Bewußtseyn des Menschen das dieses ursachlichen Verhältnisses ist, welches ihn gleichsam in die Welt setzt, von welchem Zeitpunkte an er als ein verständiges Wesen existirt, vor welchem aber seine Empfindungen bloß als subjective Bestimmungen vorhanden waren. Da die Empfindungen den objectiven Charakter (als Erkenntnißstücke und als Erkenntnißgründe) lediglich durch dieses bewußte Verhältniß erhalten: so kann der Begriff Ursache nicht selbst empirischen Ursprungs seyn. Möge man die Methode, der Rec. hier erwähnt, nennen wie man will. Auflösung in seine Bestandtheile, dessen was man sich bewußt ist, ist Philosophie, und daß dieser Weg, sich der dem Erkenntnißvermögen selbst inhärirenden Bedingungen bewußt zu werden, ächt philosophisch sey, wird man nicht bezweifeln können. Den Satz der Causalität drückt der Verf. aus: jede Erscheinung hat ihre Ursache. Diese Erweiterung des Begriffs von Begebenheit ist nicht zu gestatten.

Digitized by Google

Der Verf. will aber vermittelst des Causalverhältnisses die Welt der Erscheinungen an die übersinnliche Welt befestigen, und die Vertauschung dieser Begriffe scheint dieser Absicht zu entsprechen. Die rationale Kosmologie bestimmt den Begriff der Welt, und unterscheidet die Sinnenwelt von der Verstandeswelt. „Die erste ist die Totalität der Gegenstände möglicher Erfahrung, die letzte der Inbegriff aller, den Erscheinungen zum Grunde liegenden Dinge an sich, die nie angeschauet, sondern bloß vom Verstande gedacht werden können. So wenig wir von der eigentlichen Natur dieser bloß intelligibeln Objecte wissen: so können, ja so müssen wir uns doch nicht nur das Vorhandenseyn, sondern auch eine gesetzmäßige Verbindung derselben vorstellen, weil ohne dieß die durchgängige Verknüpfung der Erscheinungen zu einem Ganzen nicht denkbar seyn würde.“ Die letzte Behauptung sagt, wie es scheint, zu viel. Denn wenn wir das Bewußtseyn äusserer und innerer Objecte von seinen eigenen formalen Bedingungen frey machen, so giebt der bloße Gedanke: es ist, zwar den Begriff von demjenigen, was da erscheint, und Ding an sich im Verhältniß zur Erscheinung genannt wird; aber er enthält nichts von vielen Dingen an sich, und eben so wenig drückt er den Begriff einer Ordnung derselben aus. Den Satz: in der Erscheinungswelt geht alles natürlich zu, zählt der Verf. zu den allgemeinsten Weltgesetzen. Gleichwohl, sagt er, wird mit der Behauptung desselben, die Möglichkeit, wenigstens die logische, oder die Denkbarkeit der Wunder nicht geleugnet. Da die Wiederbelebung eines wirklich todten menschlichen Körpers (urtheilt der Verf.) in keinem Vorhergegangenen, nach Naturgesetzen ihren Grund hat, denn diesem zufolge, würde der todte Körper in Verwesung übergehen müssen: so würde eine solche Begebenheit, dafern sie sich wirklich ereignet hätte, ein wahres Wunder, d. h. nur durch das Einwirken einer übernatürlichen Ursache erklärbar seyn. Rec. urtheilt, daß auch Begebenheiten dieser Art, von welchen wir die Ursachen nicht anzugeben wissen, doch nur zu den Dingen gehören, die bloß unsere Verwunderung rege machen werden; von jeder Begebenheit enthält die frühere Zeit die vollständige ursachliche Bedingung. Die Antonomieen der Vernunft in Ansehung der Weltidee sind

fälschlich und kurz vorgetragen. Zum Schlusse der Kosmologie prüft der Verf. die verschiedenen Meinungen über das Verhältniß der Objecte zu unseren Vorstellungen, den empirischen Realismus, die Carteſianische Hypothese, das Leibnitzische System der vorherbestimmten Harmonie, die Meinung des Spinoza und den transcendenten Idealismus. Diese Meinungen werden von ihm widerlegt, und, wie sich nach dem Vorhergehenden erwarten läßt, der kritische Idealism Kants wird als die wahre Erklärung dieses Verhältnisses vertheidigt. Rec. kann aber sein Befremden nicht verbergen, daß Herr S. dem Verf. der Kritik der r. V., in dessen Widerlegung des materialen Idealism, und in der Behauptung, das empirisch bestimmte Bewußtseyn meines eigenen Daseyns beweiset das Daseyn der Gegenstände im Raum auſſer mir, die Absicht zuschreiben kann, er habe seinen kritischen Idealism, daß die Objecte unserer Erkenntnisse Erscheinungen sind, die sich auf Dinge an sich beziehen, hier behaupten wollen. Gegen die bekannte Meinung, daß das Ich denke oder Ich bin unmittelbar gewiß, und das Daseyn der Dinge im Raum (der äusseren Erscheinungen) nur mittelbar gewiß sey, erklärt sich hier Kant. Seine Behauptung ist die unmittelbare Gewißheit des Daseyns äusserer Objecte, und daß das Selbstbewußtseyn nur unter dem Bewußtseyn dessen, was beharret, d. i. dessen was im Raum existirt, möglich ist, auf welches Urtheil und dessen Beweis jene Idee von dem Verhältniß der Erscheinungen zu Dingen an sich eine höchstens sehr entfernte Beziehung hat. In der rationalen Psychologie prüft der Verf. die bekannten Meinungen von der Substantialität, von der Identität, der Einheit, Einfachheit, Unsterblichkeit und der Geistigkeit der menschlichen Seele. Nach seinem Urtheile sind doch überwiegende Gründe vorhanden, alle diese Prädicate auf den intelligibeln Grund der inneren Erscheinungen zu beziehen, wenn sie gleich dem Zweck einer strengen Demonstration nicht genug thun. Der Verf. scheint also bestimmende Urtheile über die Seele im Sinne zu haben, und in dieser Deutung kann ihm Rec. nicht beypflichten. Eine kurze Einleitung zur rationalen Theologie unterscheidet dieselbe von einer durch übernatürliche Offenbarung erhaltenen Lehre von Gott. „Es läßt sich doch wohl denken, sagt der

Verf., daß ein höheres übersinnliches Wesen, vermittelst einer hyperphysischen, wunderbaren Wirkung, sich den Menschen zu erkennen gebe: denn die Unmöglichkeit einer solchen übernatürlichen Offenbarung läßt sich aus Vernunftgründen und der Natur der Sache eben so wenig darthun, als die Unmöglichkeit der Wunder überhaupt.“ Vortreflich ist die Darstellung der kosmologischen und physikotheologischen Beweisart des Daseyns Gottes, und sehr natürlich die Verbindung, in welcher der Verf. diese Beweise sehen läßt. Der kosmologische Schluß von der Zufälligkeit aller Dinge in der Welt und folglich der Welt selbst auf ein nothwendiges Wesen hat in der That das Verhältniß der Welt der Erscheinungen zu Dingen an sich im Sinne; denn das Materielle im Raum ist weder zufällig noch nothwendig, weil es als beharrlich gedacht wird. Aus diesem Grunde, dünkt dem Rec., möchte der disjunctive Satz des Verf.: entweder ist das den Erscheinungen zum Grunde liegende Intelligible, selbst das absolutnothwendige, letzte Unbedingte aller Weltwesen, oder dieses intelligible Substrat aller Erscheinungen hängt selbst von einem unbedingt und schlechthin nothwendig existirendem Wesen ab, sich nicht behaupten lassen. Auf eine genugthuende Art entwickelt der Verf. die Begriffe von dem Verhältniß Gottes zu der Welt, von Schöpfung, Vorsehung und Weltendzweck. Er giebt auch einen kurzen und wohlgerathenen Umriß des moralischen Beweises für Gottes Daseyn, und schließt mit einer Uebersicht der vornehmsten Systeme in Absicht auf Gottes Daseyn. Diese rationale Theologie gehört zu den vortreflichsten Behandlungen dieses Gegenstandes.

Die Leser dieses Handbuchs der Philosophie werden die Fortsetzung desselben sehnlich erwarten. Die Absicht dieser Bemerkungen des Rec., wenn sie gleich zuweilen nach Tadel aussehen, werden die würdigen Verf. nicht verkennen. Mögen diese Bemerkungen auch wohlgegründet seyn, so werden sie doch das Urtheil über die Brauchbarkeit dieser von geschickteren Händen ausgeführten Arbeit nicht im Geringsten stören dürfen.

Metaphysik des Civilprozesses erster Band.

Verzeichniß der erheblichsten Drukfehler, welche man vor der Durchlesung des Buchs zu verbessern bittet.

S. 11. Z. 10. st. Immobilität l. Inamovibilität.
S. 17. Z. 7. v. u. st. demnach l. dennoch
S. 18. Z. 1. st. etwas l. etwa.
S. 32. Z. 15. st. nie l. immer
S. 33. Z. 16. st. Zulassung l. Zulassungen
S. 35. Z. 1. st. dessen was er meint l. seiner Meinung
S. 37. Z. 3. v. u. st. die l. der
S. 55. Z. 14. st. hier noch l. hiernach
S. 59. Z. 5. st. nochmalig l. nochmaliges
S. 60. Z. 5. st. Kirchenrechts l. Kirchenraths
S. 63. Note ***) st. p. l. pr.
S. 76. Note **) ist C. VII. 62. cons. 36. in fine nicht ganz passend angeführt; besser cons. 19.
S. 86. Z. 11. st. hier noch l. hiernach
S. 92. Z. 10. st. eben l. aber
S. 93. Z. 18. st. auch die Frage l. auch die Beurtheilung der Frage
S. 100. Z. 17. st. Chapeauroupe l. Chapeaurouge
Ebend. Z. 19. st. Martinoz l. Martinez
S. 101. Z. 7. st. zu lästig l. zulässig
Ebend. Z. 7. in der Note st. ausgeben l. ausheben
S. 112. Z. 9. st. stehe l. steht
S. 119. Z. 7. st. Acta l. Facta
S. 124. Z. 13. st. denselben l. demselben
S. 126. Z. 19. st. in Handlungen l. in einen Schauplaz
S. 128. Z. 13. st. angestellte l. angestellt

Digitized by Google

Ebend. hinter dem Wort angeſtellt ſezze ein Comma

S. 189. Z. 5. v. u. iſt das Wort ganz wegzulaſſen

S. 195. Z. 5. ſt. gereinigte l. gereinigtere

S. 329. Z. 10. ſt. hier noch l. hiernach

S. 330. Z. 6. ſt. von l. vor (dieſer Drukfehler iſt durchaus ſinn, entſtellend)

S. 331. Z. 1. v. u. in der Note ſt. an dem jüngſten Reichsabſchied l. vor dem jüngſten Reichsabſchied

S. 332. Z. 5. ſt. führte l. führe

S. 354. Z. 6. ſt. Note l. Probe

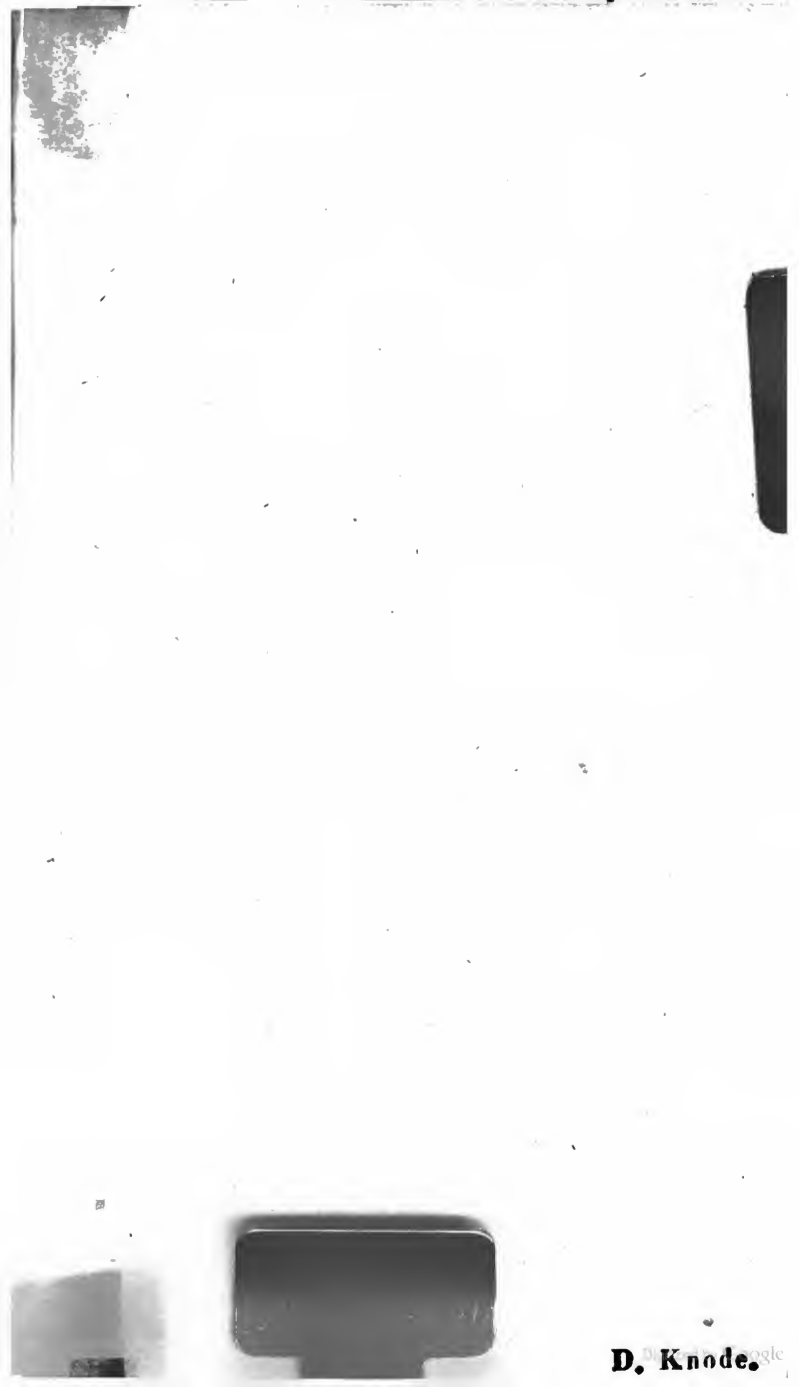
Ebend. Z. 9. ſt. ſich widrige l. ſachwidrige

S. 356. Z. 9. ſt. ihm l. ihn

Nachricht für den Buchbinder. Das Verzeichniß der Drukfehler wird gleich hinter den Vorbericht gebunden.

Digitized by Google

Digitized by Google



D. Knode.